Die Kautionshypothek des B. G. B.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristen-Fakultät der Universität Rostock

vorgelegt von

Wilhelm Strater

aus **Rheydt,** Bez. Düsseldorf.

Rostock.

Rats- und Universitäts-Buchdruckerei von Adlers Erben, G. m. b. H.

1910.

Referent: Professor Dr. Matthiass.

Inhaltsverzeichnis.

		Seite
A. Einleitung:		
	I. Die wirtschaftliche Bedeutung der Kautionshypothek	5—6
	II. Die Gestaltung pfandrechtlicher Sicherstellung zukünftiger ungewisser Ansprüche im früheren Recht	7—13
	III. Übergangs-Bestimmungen	14—16
B. Hauptteil:		
§ 1.	Cap. I. Die Kautionshypothek, eine besondere Art der Sicherungshypothek	16—19
	Cap. II. Die Sondervorschriften des § 1190.	
	1. Die Bestellung.	
§ 2.	a. Bestimmte Angabe des Höchstbetrages	19—21
§ 3.	b. Zinsen, Kosten und sonstige Nebenleistungen	21—23
§ 4.	c. Der Vorbehalt der Feststellung . .	23—27
	2. Übergang von Rechten bei der Kautionshypothek.	
§ 5.	a. Übertragung der Forderung mit der Hypothek.	27—30
§ 6.	b. Übertragung der Forderung nach den für die Übertragung von Forderungen geltenden allgemeinen Vorschriften	30—34
	Cap. III. Die sich aus der Natur der Kautionshypothek ergebenden Besonderheiten.	
§ 7.	1. Die Gestaltung der Eigentümerhypothek	34—45
§ 8.	2. Besonderheiten bezüglich der Pfändung	45—48
§ 9.	Cap. IV. Mehrere Gläubiger	48—52
	Cap. V. Verlust ihrer Eigenschaft als Kautionshypothek.	
§ 10.	1. Endgültige Feststellung.	52—55
§ 11.	2. Umwandlung in eine gewöhnliche Hypothek	56—59
§ 12.	Cap. VI. Behandlung der Kautionshypothek in der Zwangsversteigerung.	59—63

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41553620_0100

I.

Die wirtschaftliche Bedeutung der Kautionshypothek.

In dem von Kredit beherrschten Geschäftsleben tritt häufig der Fall ein, daß sich der Kreditgeber mit der persönlichen Haftung nicht begnügt, sondern auch eine pfandrechtliche Sicherheit verlangt. Dabei handelt es sich nicht nur um Ansprüche, die bereits ihrem Umfang nach feststehen, sondern sehr oft gilt es auch, Forderungen sicher zu stellen, die eine nähere Feststellung zur Zeit überhaupt noch nicht zulassen, sei es, daß sich ihr Betrag noch nicht berechnen läßt, sei es, daß ihr Entstehen oder Nichtentstehen noch ganz vom Belieben des einen oder andern Beteiligten abhängig ist. Wenn der Kaufmann in Geschäftsverbindung mit einem andern tritt, demzufolge er dauernd Ware von diesem beziehen will, so wird in vielen Fällen der Produzent nicht geneigt sein zur Kreditierung der Kaufpreisforderung und zur weiteren Lieferung, ehe die alten bezahlt sind; ebenso wenig wird eine Bank große Summen hergeben, wenn sie nicht Gewißheit hat, daß sie sich in jedem Fall schadlos halten kann. In solchen Fällen, wo es sich um Sicherung zu-

künftiger, ungewisser Ansprüche handelt, ist die Kautionshypothek das geeignetste Mittel, um durch Verpfändung des Grundbesitzes für den Handels- und Gewerbebetrieb Kredit zu erhalten.

Hauptsächlich praktisch wird die Kautionshypothek in den Fällen, wo der Bankier, welcher einem Kunden laufenden Kredit eröffnet hat, der Kaufmann, der mit einem andern in Kontokurrentverkehr getreten ist, für seine jedesmaligen, ihm dem Gegner gegenüber erwachsenden Ansprüche über die persönliche Haftung hinaus dinglich sichergestellt sein will, aber auch noch in vielen anderen Fällen. So leistet der Kassenbeamte Sicherheit für etwa aus seiner Amtsführung entstehende Ansprüche, auf diese Weise wird der Mündel gesichert gegen den Vormund, der die Verwaltung seines Vermögens übernommen hat; durch Bestellung einer Kautionshypothek kann sich der Eigentümer sichern lassen gegen Ansprüche aus dem Miet- oder Pachtvertrage; eine solche Hypothek wird der Nießbraucher bestellen, der dem Eigentümer hypothekarische Sicherheit leisten muß, weil sein Verhalten die Rechte des Eigentümers zu gefährden scheint. Es sind in allen diesen Fällen Entstehung, Umfang und Untergang der zusichernden Forderungen zu großen Schwankungen unterworfen, als daß auf diesem Boden eine Verkehrshypothek mit ihrem weitgehenden öffentlichen Glauben des Grundbuches begründet werden könnte, und dann ist es Absicht der Parteien, den Gläubiger sicher zu stellen und nicht ein leicht veräußerliches Recht zu schaffen, wie es die Verkehrshypothek darstellt.

II.

Die Gestaltung pfandrechtlicher Sicherstellung zukünftiger ungewisser Ansprüche im früheren Recht.

Dem Bedürfnis nach pfandrechtlicher Sicherstellung zukünftiger, ungewisser Ansprüche ist man bereits im römischen Recht nachgekommen. Die Quellen bestimmen in dieser Hinsicht:

„res hypothecae dari posse sciendum est pro quacumque obligatione .... sive pura est obligatio vel in diem velsubconditione et sive praesenti contractu sive etiam praecedat sed et futurae obligationis nomine dari possunt.“ (l. 5. pr. D. 20, 1.)

Aus dieser Stelle geht deutlich hervor, daß die Römer neben einer Pfandbestellung für bedingte und befristete Forderungen auch eine solche für zukünftige im engeren Sinne kannten.

Außer der rechtsgeschäftlichen kannten die Römer auch bereits ein gesetztliches Pfandrecht zur Sicherung eventueller zukünftiger Verpflichtungen:

Das Pfandrecht des Mündels am Vermögen des Vormunds für mögliche Ansprüche aus seiner Vermögensverwaltung; ein Pfandrecht der Kinder erster Ehe am Vermögen des parens binubus wegen der lucra nuptialia und am Vermögen des Vaters wegen der bona adventicia.

Die Möglichkeit einer Pfandbestellung war unzweifelhaft vorhanden, es fragt sich nur, von wann an das Pfandrecht wirksam war. Die Quellen vermögen uns darüber keine Aufklärung zu geben, da sie sich mehrfach widersprechen. (Vgl. l. 4. D. 20, 3; L. l. pr. D. 20, 4.)

Das römische Pfandrecht trägt fast durchweg einen streng akzessorischen Charakter; und wenn auch, wie Dernburg sagt, dessen Wesen darin liegt, daß es den Zwecken einer Forderung dient und mit Erreichung dieses Zieles erlischt (Röm. Pfandrecht I, S. 520), so ist damit doch nicht gesagt, daß es der Forderung zeitlich vorangehen kann. Fast übereinstimmend steht die Wissenschaft heute auf dem Standpunkte, daß von einer Vorauswirkung des Pfandrechtes dann keine Rede im römischen Recht sein kann, wenn noch kein obligatorisches Band zwischen den Parteien besteht, aus dem die Forderungen sich entwickeln können. Für den Fall aber, daß bereits eine derartige Verhaftung des Verpfänders besteht, geht die Ansicht auseinander, ob das Pfandrecht vom Augenblick der Bestellung oder erst vom wirklichen Entstehen einer Forderung datiert, ob und wie weit also der Verpfänder über den Pfandgegenstand wirksam verfügen kann.

Dernburg ist der Ansicht, daß das Pfandrecht der Forderung zeitlich vorausgehen kann; das Verhältnis ist dann in pendenti, das Pfandrecht existiert nur für den Fall des künftigen Entstehens der Pfandschuld (a. a. O., S. 526).

Windscheid und die herrschende Meinung nimmt jedoch an, daß das Pfandrecht wegen seiner streng akzessorischen Natur erst mit der Forderung entstehe. Die Verpfändung sei allerdings auch vorher vollgültig und erzeuge eine gewisse dingliche Gebundenheit, die dem Eigentümer zur beliebigen Verfügung auch weiterhin berechtigte, aber alle Verfügungen dem Gläubiger gegen-

über, falls eine Forderung entstände, unwirksam mache. (Windscheid, Pand. I, S. 1130.)

Auch für das gemeine Recht ist diese Frage ungelöst geblieben. Auch hier stand die herrschende Meinung auf dem Standpunkte, daß eine eventuelle Pfandsetzung für künftige und bedingte Schulden einen Zustand der „Gebundenheit" (Ihering), „Pendenz" (Exner) mit gewissen Rechtswirkungen erzeuge, besonders mit einer geschützten Rechtsstellung des eventuellen Gläubigers; die Priorität dieses Pfandrechtes kann durch nachträglich begründete, auch sofort wirksame Pfandrechte nicht angegriffen werden. Für den Hauptanwandlungsfall einer derartigen Pfandbestellung bei dem Kreditvertrage ist jedoch die Dernburg'sche Ansicht mehr durchgedrungen. Wenn aus dem Vertrage hervorgeht, daß das Pfand weniger für die einzelnen, künftigen Debetposten als vielmehr für den Kredit an und für sich bestellt ist, dann soll das Pfand seine Rangordnung nicht erst von dem Tage empfangen, an welchem in Realisierung des gewährten Kredits für den Pfandbesteller der erste Vorschuß gemacht, also die erste Debetpost begründet ist, sondern von dem Tage des Abschlusses des Vertrages selbst, da der durch den Kontokurrentvertrag von der einen Partei versprochene, von der andern Partei zugesicherte, in dem Saldo seinen konkreten Ausdruck erhaltende Kredit im ganzen als die Schuld anzusehen ist, welche nach der Absicht der Parteien durch das Pfand gedeckt werden soll (vgl. Grünhut a. a. O., S. 532). Die Hypothekenbestellung ist nicht sowohl eine akzessorische Verbindlichkeit für die auf Grund des Vertrages zu entnehmenden Darlehn,

Vorschüsse usw., als vielmehr die Gegenleistung für den vom Kreditgeber zur Verfügung gestellten Kredit (vgl. W. Endemann a. a. O., S. 210 ff.).

Die Frage nach der Priorität des Pfandrechts für zukünftige Ansprüche verlor ihre praktische Bedeutung durch das gleichmäßig durchgeführte Eintragungsprinzip selbst für diejenigen Rechte, die für die Entstehung der Hypothek eine Eintragung nicht verlangten. So bestimmt z. B. der Code civil für die Entstehung in Art. 2127: „l'hypothéque conventionelle ne peut être consentie que par acte passé en forme authentique devant deux notaires ou devant un notaire et deux temoins", für den Rang dagegen Art. 2134: entre les créanciers l'hypothéque, soit légale, soit judiciaire soit conventionelle n'a de rang que du jour de l'inscription prise par créancier sur les registres du conservateur.

Später finden wir in den einzelnen Landesrechten eine besondere Hypothekenart zur Sicherung ungewisser Ansprüche von unbestimmter Höhe. Das Akzessoritätsprinzip wird streng durchgeführt, das Pfandrecht gelangt zwar zur Entstehung, aber nur bedingt, bedingt durch die Entstehung der Forderung; es datiert dann allerdings vom Tage der Eintragung an. Diese sogenannten Kautionshypotheken stellten den einzigen Typus von Hypotheken dar, bei denen sich der öffentliche Glaube des Grundbuches nicht auf die Forderung erstreckte.

Zum ersten Male erwähnt finden wir eine solche Hypothekenart im preußischen Allgemeinen Landrecht, Teil I, Titel 20, § 14:

„Soweit wegen künftiger Ansprüche Kaution gefordert und geleistet werden kann, soweit können dergleichen Ansprüche auch durch Pfand oder Hypothek sicher gestellt werden."

Dieses „im Grunde ein erst werdendes Hypothekenrecht" (Dernburg, Preuß. H. R. II, S. 200) bildet die Grundlage für die Kautionshypothek des Eigentumserwerb-Gesetzes vom 5. Mai 1872. Dieses bestimmte in § 24:

„Wenn die Höhe eines Anspruchs nicht feststeht, muß ein Höchstbetrag eingetragen werden, bis zu dem das Grundstück haften soll."

Diese Hypothek setzte, entgegen der von Dernburg (a. a. O., S. 201) vertretenen Ansicht, nach der herrschenden Meinung voraus, daß zur Zeit der Eintragung bereits ein Rechtsverhältnis oder eine rechtliche Gebundenheit bestand. Dem Spezialitätsprinzip entsprechend wurde die Eintragung eines bestimmten Höchstbetrages verlangt. Das Akzessoritätsprinzip wurde streng durchgeführt, es entstand nur ein bedingtes Recht, bedingt durch die Entstehung der Forderung. Als mit der Natur der Kautionshypothek unvereinbar wurden die Bestimmungen über die Entstehung einer Eigentümerhypothek ausgeschlossen; stand fest, daß aus dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis eine Forderung nicht entstanden war und nicht mehr entstehen konnte, so wurde die Hypothek mangels einer Forderung hinfällig, Nachhypothekare rückten ipso iure vor und die Berichtigung des Grundbuches hatte von amtswegen zu erfolgen.

Nur wenn und insoweit eine Forderung entstanden war, bestand ein unbedingtes Pfandrecht. Zur Geltendmachung der Hypothek war also der Beweis erforderlich, daß die Forderung bis zu der behaupteten Höhe entstanden war.

Die Umschreibung in eine Hypothek mit festem Betrage konnte jederzeit erfolgen, sie setzte das freiwillig erklärte oder durch rechtskräftiges Urteil ersetzte Schuldanerkenntnis des Bestellers und außerdem des etwa von ihm verschiedenen persönlichen Schuldners nebst hinzutretendem Antrag des Eigentümers voraus (vgl. Dernburg, Hyp.-R., S. 206; Crusen-Müller, Preuß. A. G., S. 313; Achilles-Strecker, Preuß. E. E. G., § 24, Anm. 2).

Eine entsprechende Behandlung erfuhren die Kautionshypotheken auch in den andern Landesrechten. So bestimmte:

Code civil. Art. 2132:

„Si la créance résultant de l'obligation est conditionelle pour son existence ou indeterminée dans sa valeur, le creancier ne pourra requérier l'inscription dont il sera parlé ci après que jusqu'à concurrence d'une valeur estimative par lui declarée expréssement."

Österreichisches allgem. Grundbuchgesetz v. 25. VII. 1871, § 14, Abs. 2:

„Sollen Forderungen, welche aus einem gegebenen Kredit, aus einer übernommenen Geschäftsführung oder aus dem Titel der Gewährleistung oder des Schadensersatzes entstehen können, pfandrechtlich sicher gestellt werden, so ist in der Urkunde, auf Grund welcher die

Eintragung erfolgen soll, ein Höchstbetrag, bis zu welchem der Kredit oder die Haftung reichen soll, anzugeben."

Sächsisches B. G. B. v. 2. I. 1863, § 370; § 389:

„Auch für eine bedingte Forderung und für eine künftige Forderung kann ein Pfandrecht bestellt werden."

„Die zusichernde Forderung kann nur mit einer bestimmten Summe eingetragen werden, für welche oder bis zu welcher die Hypothek wirksam sein soll."

Ähnliche Bestimmungen finden wir im: Bayrischen Hypothekengesetz v. 1. VI. 1822, § 19, Württembergischen Pfandgesetz v. 21. V. 1828, § 11, Hannoverschen Gesetz v. 14. XII. 1864, § 28, und in der Mecklenburgischen revidierten Hypothekenordnung für Landgüter v. 18. X. 1848, § 31.

„Wenn Ansprüche vorkommen, von deren Gegenstand der wirkliche Belauf noch unbekannt ist, so müssen die Interessenten dich dabei über ein in Zahlen auszudrückendes Quantum des Ultimatums der Schuld einig sein oder gerichtliche Bestimmung erwirkt haben. Eher kann eine Einschreibung nicht erfolgen."

Diesem Gesetz verdankt die Bezeichnung „Ultimatshypothek" ihren Ursprung.

Die übrigen noch in Mecklenburg geltenden Hypothekengesetze kommen für uns weniger in Betracht: sie sind insofern erwähnenswert, als sich in ihnen zuerst ein von der Forderung losgelöster hypothekarischer Anspruch zeigt.

III.

Übergangsbestimmungen.

Das B. G. B. hat sich jeglicher Bestimmung über seine zeitlichen Grenzen enthalten. Einige nähere Angaben in dieser Beziehung enthält das Einführungsgesetz zum B. G. B.; bezüglich bestehender Pfandrechte trifft es in Art. 192, Abs. 1 folgende Bestimmung:

„Ein zu der Zeit, zu welcher das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, an einem Grundstück bestehendes Pfandrecht gilt von dieser Zeit an als eine Hypothek, für welche die Erteilung des Briefes ausgeschlossen ist. Ist der Betrag der Forderung, für die das Pfandrecht besteht, nicht bestimmt, so gilt das Pfandrecht als Sicherungshypothek."

Es fragt sich zunächst, wann eine Kautionshypothek der Landesrechte als „bestehend" anzusehen ist. Unseres Erachtens kann sich das lediglich nach früheren, d. h. nach dem betreffenden Landesrecht entscheiden. Besteht eine solche Hypothek nach Landesrecht wirksam am 1. I. 1900 bezw. zu der Zeit, zu der das Grundbuch als angelegt gilt, so ist sie eben bestehendes Pfandrecht im Sinne des Art. 192 d. E. G. z. B. G. B., gleichgültig ob sie den formellen oder materiellen Erfordernissen des neuen Rechts entspricht.

Nach richtiger Meinung besteht aber eine Kautionshypothek nicht nur, wenn bereits eine Forderung entstanden ist, sondern auch dann, wenn das zugrunde liegende Rechtsverhältnis noch besteht und sich aus

ihm noch irgendwie und irgendwann Forderungen entwickeln können zwischen dem Gläubiger und dem Eigentümer. Besteht aber weder eine Forderung noch eine solche Valutierungsmöglichkeit im maßgebenden Zeitpunkt, dann existiert eben wegen der streng akzessorischen Natur der Kautionshypothek nach Landesrecht gar kein Pfandrecht mehr. Mag die Hypothek auch formell noch eingetragen sein und so, da das neue Recht ein bestehendes Rechtsverhältnis nicht verlangt, den Erfordernissen des B. G. B. entsprechen, eine Umwandlung darf nicht stattfinden, denn maßgebend ist nur Landesrecht, und nach ihm ist das Bestehen einer Forderung oder eines bestimmten Rechtsverhältnisses materielle Voraussetzung für die Existenz des Pfandrechtes. Ebenso kann ein Pfandrecht am Grundstücke „bestehendes" Pfandrecht auch dann sein, wenn es nicht eingetragen ist, z. B. wenn bei irriger Löschung oder unterlassener Übertragung die Hypothek nach Landesrecht gültig weiterbesteht (vgl. Habicht a. a. O., S. 495). So auch die herrschende Meinung (vgl. Fuchs, Grundbuchrecht, 1902, S. 627; Oberneck, Reichsgrundbuchrecht, I, S. 696; Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht, I, S. 761) und auch die Praxis (vgl. O. L. G. Rspr., Bd. 1, S. 452; Bd. 2, S. 154; K. G. Centr. B. f. fr. G., Bd. 1, S. 154) entsprechend der erwähnten Entscheidung des Kammergerichts: Eine Kautionshypothek bestand aber bei dem Inkrafttreten des Grundbuchrechts des B. G. B. nicht nur, soweit bereits eine Forderung entstanden war, sondern auch darüber hinaus, wenn die Möglichkeit vorlag, daß Forderungen aus dem Verhältnis, für welches die Bestellung

der Kautionshypothek erfolgte, noch zur Entstehung kommen konnten. Auch in diesem Falle wird die Kautionshypothek sich als ein bestehendes Pfandrecht im Sinne des Art. 192 d. E. G. z. B. G. B. dargestellt und in demselben Umfange in eine Sicherungshypothek des B. G. B. umgewandelt haben.

Daß mit Art. 192, Abs. 1, Satz 2 die Kautionshypotheken der Landesrechte gemeint sind, geht aus den Motiven zum E. G. hervor. In diesem heißt es unter ausdrücklicher Bezugnahme auf § 1129, Abs. 1 der ersten Lesung eines Entwurfs zum B. G. B.: „In soweit der Betrag der durch eine Hypothek gesicherten Forderung nicht bestimmt ist, kann jedoch nur die Behandlung als Sicherungshypothek eintreten" (Mot. z. E. G., S. 274).

Dieser Hinweis auf § 1129, Abs. 1 des Entw. I z. B. G. B., der dem § 1190 B.G.B.entspricht, läßt erkennen, daß die Hypothek mit unbestimmtem Forderungsbetrage der Kautionshypothek des § 1190 B. G. B. gleichsteht, und damit die Kautionshypothek der Landesrechte gemeint ist.

Soweit also eine Kautionshypothek beim Inkrafttreten des Grundbuchrechts des B. G. B. nach Landesrecht gültig besteht, verwandelt sie sich in eine Sicherungshypothek im Sinne des § 1190 B. G. B. und finden von dann an die entsprechenden Regeln auf sie Anwendung.

§ 1.

Die Kautionshypothek, eine besondere Art der Sicherungshypothek.

Aus der Vielheit der einzelnen Landesrechte sollte das B. G. B. ein einheitliches Ganzes schaffen, ent-

sprechend den modernen Anschauungen und doch auch ohne die Landesteile, die dem alten Rechte huldigten, durch die Anwendung des neuen Rechtes zu großen Härten auszusetzen. Eine besondere Schwierigkeit bot sich hier bei dem Immobiliarpfandrecht, der modernen Verkehrshypothek, der Codifikationen und der alten streng akzessorischen Hypothek des gemeinen Rechts. Neben beiden stand auf besonderer Grundlage die dem Bedürfnis des Verkehrslebens entsprechende Kautionshypothek.

Der erste Entwurf enthielt nur eine streng akzessorische Sicherungshypothek, die zur Sicherung von Forderungen dienen sollte. Als deren Unterart behandelte er die Kautions-Zwangs- und Arest-Hypothek. Die Kautionshypothek sollte eine Hypothek sein für Forderungen, die zunächst ihrem Betrage nach noch unbestimmt wären; und demgemäß sollte nur ein Höchstbetrag eingetragen werden, bis zu dem die Haftung reiche. Die Sicherungshypothek im engeren Sinne dagegen erfordere die Eintragung eines festen Betrages einer bestimmten Forderung, behalte dem Schuldner aber vor, alle Einreden, die ihm aus der Forderung zuständen, auch wenn sie erst nach der Eintragung entstanden, nicht nur gegen den ursprünglichen Gläubiger, sondern gegen jeden, auch den gutgläubigen Erwerber, geltend zu machen. In der zweiten Lesung eines Entwurfs zum B. G. B. wurde es streitig, ob außer der selbstverständlich nicht zu beseitigenden Kautionshypothek auch noch eine besondere Sicherungshypothek erforderlich sei. Die Mehrheit stimmte dafür, mit der Begründung:

„Es könne der Eigentümer nicht gezwungen werden, sich allen Gefahren auszusetzen, die der öffentliche Glaube des Grundbuchs mit sich bringe, wenn er sich auch auf die Forderung erstrecke."

So behandelt denn das B. G. B. im § 1184 die Sicherungshypothek im engeren Sinne und in § 1190 die Kautionshypothek als eine besondere Art derselben.

Als wichtigste Unterschiede der Sicherungshypothek von der Verkehrshypothek haben wir einerseits die strengere Durchführung des Akzessoritätsprinzips: Das Recht des Gläubigers aus der Hypothek richtet sich nur nach der Forderung (§ 1184, Abschn. 1, S. 1); und andererseits die Einschränkung des Prinzips des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs: Der Gläubiger kann sich zum Beweise der Forderung nicht auf die Eintragung im Grundbuch berufen (§ 1184, Abs. 1, S. 2).

In der Sicherungshypothek liegt der ursprüngliche Charakter des Pfandrechts noch verkörpert. Der Hypothekenbrief würde bei ihr seinen Zweck verfehlen und ist deshalb ausgeschlossen, und zwar ist die Unzulässigkeit der Bildung des Briefes materieller Rechtssatz für die Sicherheitshypothek. Bei der Verkehrshypothek dagegen und bei der Grundschuld ist im Laufe der Entwickelung der eigentliche Charakter des Pfandrechtes wenn nicht ganz geschwunden, so doch stark verwischt; sie sind Wertobjekte geworden, die, um Verkehrsgegenstand sein zu können, leicht veräußerlich und leicht umsetzbar sein müssen. Dieser Zweck wird durch das Institut des Hypothekenbriefes erreicht. Alles bisher Gesagte findet für die im § 1190 B. G. B. behandelte besondere

Art der Sicherungshypothek in erhöhtem Maße Anwendung. Bei ihr sind Entstehung, Umfang und Untergang der zusichernden Ansprüche zu großen Schwankungen unterworfen, als daß auf diesem Boden eine Verkehrshypothek mit ihrem weitgehenden öffentlichen Glauben des Grundbuches begründet werden könnte. Auch geht die Absicht der Beteiligten bei Begründung der Hypothek nicht auf die Schaffung eines leicht veräußerlichen Rechts, sondern die Hypothek soll dem persönlichen Gläubiger zur erhöhten Sicherung dienen für die pünktliche Tilgung seiner etwa entstandenen Forderung durch Hereinziehen des Grundstückes in die Haftung (vgl. Mot. III, S. 427). Sie unterscheidet sich von der Sicherungshypothek im engeren Sinne nur dadurch, daß sie nicht für eine bestimmte einzelne Forderung, sondern für den Gesamtforderungsbetrag bestellt wird, der dem Hypothekengläubiger jeweilig aus bestimmten Rechtsverhältnissen zwischen ihm und dem Grundstückseigentümer zusteht. So definiert Crome die Kautionshypothek als „Sicherungshypothek für Forderungen von unbestimmter Höhe, und diese Unbestimmtheit ist es, die manche Eigentümlichkeiten bedingt“ (Syst. d. deutsch. bürg. R., S. 790).

§ 2.

Bestimmte Angabe des Höchstbetrages.

Zur Entstehung gelangt die Kautionshypothek als dingliches Recht an einem Grundstück durch Einigung des Berechtigten und des anderen Teiles über den Eintritt der Rechtsänderung und Eintragung der Änderung in

das Grundbuch bezw. formell grundbuchrechtlich durch Eintragungsbewilligung des Eigentümers und dessen, bezw. des Gläubigers Antrag. Die Einigung hat sich einerseits darauf zu erstrecken, daß die Beteiligten eine Kautionshypothek im gegebenen Falle begründen wollen und nicht eine gewöhnliche Hypothek, und zum andern darauf, für welche Forderungen das Grundstück haften soll.

Für die Eintragung ergeben sich manche Besonderheiten, die die Unbestimmtheit der Forderung veranlaßt. Zunächst muß ein ziffermäßig bestimmter Betrag eingetragen werden, und zwar ist dieses ein materielles Erfordernis, ohne das die Eintragung nicht erfolgen darf und, wenn sie doch erfolgt, von Amtswegen zu löschen ist; die Höhe der Summe muß also auch in der Eintragungsbewilligung enthalten sein. Ferner soll aus der Eintragung hervorgehen, daß der eingetragene Betrag ein Höchstbetrag ist, bis zu dem das Grundstück haftet. Diese Bezeichnung kann ersetzt werden dadurch, daß der Vorbehalt späterer Feststellung aus der Eintragung ersichtlich gemacht wird. Im übrigen ist die Bezeichnung als Höchstbetrag nur formelle Voraussetzung, die Hypothek besteht zu recht, sie gilt aber gutgläubigen Dritten gegenüber als Verkehrshypothek, falls die Eintragung nichts Besonderes ergibt. Die Beteiligten können Berichtigung des Grundbuchs jederzeit verlangen. Bezeichnung als Sicherungshypothek ist nicht erforderlich, denn die Kautionshypothek gilt als solche, auch wenn sie im Grundbuch nicht als Sicherungshypothek bezeichnet ist. Die Eintragung eines bestimmten Höchstbetrages

ist eine Folge des Spezialitätsprinzips, das die Eintragung einer bestimmten Geldsumme verlangt zur Abgrenzung der hypothekarischen Haftung. Demgemäß ist mit der Eintragung das Grundstück ein für alle Mal unabhängig vom Entstehen oder Nichtentstehen einer Forderung und unbedingt belastet bis zur Höhe des eingetragenen Höchstbetrages. Die Belastung wirkt gegen gleich- und nachstehende Berechtigte genau so wie jede andere Hypothek; der von dem eingetragenen Höchstbetrag in Anspruch genommene Teil des Grundstückswertes ist den Nachhypothekaren endgültig entzogen. Innerhalb des eingetragenen Höchstbetrages haftet das Grundstück für jeden Teil der gesamten persönlichen Forderung, auch bei der Tilgung eines Teiles; geht die Gesamtheit der entstandenen Forderungen über den eingetragenen Höchstbetrag hinaus, so steht dem Gläubiger das Recht zu, zu bestimmen, welche Forderungen durch die Kautionshypothek gedeckt werden sollen. Die Bedeutung des Höchstbetrages besteht also darin, daß er die Haftung ganz bestimmt abgrenzt.

§ 3.

Zinsen, Kosten und sonstige Nebenleistungen.

Um diese Abgrenzung vollkommen zu erreichen, bestimmt § 1190, Abs. 2 B. G. B., daß die Zinsen in den Höchstbetrag eingerechnet werden sollen. Eine Eintragung des Zinssatzes bezw. einer Summe rückständiger Zinsen, wie sie § 1115 B. G. B. vorschreibt, ist deshalb nicht gestattet für die Kautionshypothek,

eine trotzdem erfolgte wird als nicht vorhanden angesehen. Durch die Fassung des § 1190, Abs. 2: „ist die Forderung verzinslich", ist man zu der Annahme gekommen, daß hier nur rechtsgeschäftliche Zinsen gemeint sein könnten, weil § 1119 B. G. B.: „ist die Forderung unverzinslich", sicher nur für solche gälte. Diese Annahme ist jedoch nicht berechtigt und dem Sinne des Gesetzes nicht entsprechend. In den Motiven der ersten Kommission eines Entwurfs zum B. G. B. finden wir folgende Ausführung: „Der Höchstbetrag begreift die gesamte Forderung in sich, für welche nach dem Begründungsvertrage die Haftung des Grundstücks in Aussicht genommen ist, also nicht nur das später festzustellende Kapital, sondern auch die etwa von demselben zu entrichtenden Zinsen. Wollte man den Vorbehalt der Feststellung auf das Kapital beschränken und daneben das Grundstück auch für Zinsen haften lassen, so würde die Haftung des Grundstücks für die Forderung bezl. deren Größe der Bestimmtheit ermangeln und folglich die Eintragung des Höchstbetrages ihren Zweck nur unvollkommen erreichen" (Mot. III, S. 428).

Auch in der zweiten Kommission wurde die Ansicht aufrecht erhalten, „da sie dem Sinne entspreche, in welchem die Kautionshypothek bestellt werde, und zweckmäßig sei, da sie die Haftung des Grundstücks begrenze" (Prot. III, S. 890), und es wurde empfohlen, den Relativsatz „für welche das Grundstück in Gemäßheit der Hypothek haftet", zu streichen, da er Mißverständnisse hervorrufen könnte, als beziehe sich die Vorschrift nur auf rechtsgeschäftliche, nicht, wie dies der Absicht

des Entwurfs entspreche und auch sachlich angemessen sei, auch auf gesetzliche Zinsen. Der Höchstbetrag umfaßt also alle Zinsen, Zinsrückstände unbeschränkt (vgl. K. G. E. Jahrb., Bd. 21, S. a. 160) und auch andere Nebenleistungen „wegen der Gleichheit des Grundes" (Planck a. a. O., S. 622).

Der Höchstbetrag erstreckt sich dagegen nicht auf die Kosten der Kündigung und Rechtsverfolgung, für welche nach § 1118 B. G. B. das Grundstück haftet, so daß für diese Kosten über den Höchstbetrag hinaus aus dem Grundstück Befriedigung verlangt werden kann (Dernburg, B. G. B. a. a. O., S. 709), denn § 1190 B. G. B. enthält keine Sonderbestimmungen dieserhalb und kommen die allgemeinen Bestimmungen zur Anwendung.

§ 4.

Der Vorbehalt der Feststellung.

Die Unbestimmtheit oder, wie das Gesetz sich ausdrückt, der Vorbehalt der Feststellung der Forderung ist es, was der Kautionshypothek ihr Gepräge gibt. Während bei der gewöhnlichen Hypothek bereits in der Eintragung die Forderung genau spezialisiert ist, ist bei der Kautionshypothek meistens noch keine Forderung entstanden, wenn sie aber existiert, ihrem Betrage nach ungewiß; bestritten aber ist, ob die Forderung auch dem Grunde nach unbestimmt sein kann. Sachlich ist, wie bereits erwähnt, die Einigung der Parteien darüber, welche Forderungen durch die Hypothek gedeckt werden sollen, jedenfalls erforderlich. Auch liegt es im unmittel-

baren Interesse der Beteiligten, speziell des Gläubigers, daß aus der Eintragung hervorgeht, ob die Hypothek nun schlechthin für alle Forderungen des eingetragenen Gläubigers sowohl gegen den Eigentümer als auch gegen einen andern Schuldner haftet, oder ob der Kreis der Forderungen, die durch die Hypothek gesichert werden sollen, beschränkt werden soll. Denn der Gläubiger würde sich seine Beweislast sonst unnötigerweise erschweren, indem er außer dem Entstehen der Forderung auch noch deren Sicherung durch die Hypothek beweisen müßte. Auch das Spezialitätsprinzip veranlaßt uns, den Vorbehalt der Feststellung der Forderung nicht weiter auszudehnen, als es das Gesetz unbedingt verlangt. Die ganz allgemeine Fassung des § 1190 B. G. B. „Die Feststellung der Forderung" ist allerdings irreführend und berechtigt im gewissen Sinne zu der Auffassung, daß sich der Vorbehalt der Feststellung nicht nur auf den Betrag der Forderung, sondern auf alle ihre Merkmale, mit Ausnahme des Höchstbetrages und der Person des Gläubigers, also auch auf die Person des Schuldners und den Schuldgrund beziehe (K. G. E. Jahrb., Bd. 23, S. 239). Auch in der Wissenschaft findet sich vereinzelt diese Ansicht vertreten und zwar mit der Begründung, die ganz allgemeine Fassung des § 1190 B. G. B. lasse jeden gesetzlichen Zwang zur Bezeichnung des Schuldgrundes in der Eintragung ungerechtfertigt erscheinen. Unseres Erachtens ist diese hauptsächlich von Plank (a. a. O., S. 715) und von Staudinger (a. a. O., S. 891) vertretene Ansicht nicht zu billigen.

Der erste Entwurf zum B. G. B. sprach im § 1129

noch von einem „Vorbehalt der Feststellung des Betrages der Forderung“. Obwohl nun der Kommission für die zweite Lesung eines Entwurfs zum B. G. B. Anträge auf Änderung des § 1129 in der Beziehung nicht vorlagen, finden wir in der zweiten Lesung die neue Fassung „Vorbehalt der Feststellung der Forderung“. Hätte man mit dieser Änderung des Wortlautes eine entsprechende Änderung des Sinnes bezweckt, so hätte ein entsprechender Antrag vorliegen müssen, oder aber die Protokolle hätten diese Änderung irgendwie zu begründen versucht. Daß dies nicht der Fall ist, ist unseres Erachtens ein sicheres Zeichen, daß man die Worte „des Betrages“ weggelassen, weil sie überflüssig, den Sinn der Worte aber hat beibehalten wollen. Dementsprechend halten wir die Eintragung des Schuldgrundes zwar für erforderlich, aber hinsichtlich der Bezeichnung ist den Parteien weiteste Freiheit zu lassen. Erstreckt sich die Haftung schlechthin auf alle Forderungen, so hat dies in der Eintragung mindestens durch Bezugnehmen auf die Eintragungsbewilligung zum Ausdruck zu kommen; ist der Kreis der Forderungen, für die das Grundstück haften soll, begrenzt, so muß aus der Eintragung hervorgehen, welche Forderungen die Hypothek sichern sollen, etwa: alle Forderungen aus dem Bankverkehr, alle Forderungen der Gemeinde gegen den Kassenbeamten aus diesem Dienstverhältnis; alle Wechsel, die jemand ausgestellt hat oder noch ausstellen wird; kurz, irgendwie muß der Schuldgrund bezeichnet sein (Biermann a. a. O., S. 417; Boehm a. a. O., S. 294). Andere begnügen sich damit, daß die Beschränkung der Haftung auf einen bestimmten

Kreis von Forderungen aus der Eintragung mindestens durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung hervorgeht (Fuchs a. a. O., S. 612; Gierke a. a. O., S. 907; Crome a. a. O., S. 799; Willenbücher a. a. O., S. 254; Kretschmar a. a. O., S. 602), ohne Angabe des Schuldgrundes hafte die Hypothek schlechthin für alle Forderungen. Die genauesten und richtigsten Vorschriften enthält die Bayrische Dienstanweisung im § 419, Abs. 2:

„Bei der Eintragung soll der Kreis der Forderungen, für welche die Hypothek bis zu einem bestimmten Höchstbetrage bestellt wird, so genau bezeichnet werden, als dies nach Lage der Sache möglich und notwendig ist, um für die Zukunft einen Zweifel darüber auszuschließen, ob eine einzelne Forderung in dem durch Hypothek gesicherten Geschäftskreis fällt oder nicht. Es soll insbesondere ersichtlich gemacht werden, ob alle zwischen dem Gläubiger und dem Eigentümer oder einer andern Person bestehenden oder noch entstehenden Forderungen bis zu dem bestimmten Höchstbetrage unter die Hypothek fallen, oder es soll, wenn der Kreis der gesicherten Forderungen enger begrenzt ist, das Rechtsverhältnis, aus dem die durch die Hypothek gesicherten Forderungen entstanden sind oder entstehen werden, möglichst deutlich bezeichnet werden. Es genügt dazu Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung." Auch das Reichsgericht hat sich dieser Ansicht voll und ganz angeschlossen (vgl. R. G. E. Centr. f. fr. G., Bd. VI, S. 519).

Ganz anders lautet dagegen die amtliche Probeeintragung Abt. III, Nr. 5 der preußischen Ministerialverfügung:

„Sicherungshypothek zum Höchstbetrage von 500 Mk. — — — für den Zimmermeister Hermann Zander in Seefeld."

Das preußische Ministerium hielt also wie das Kammergericht eine Eintragung des Schuldgrundes nicht für erforderlich, es sei denn, daß die Eintragungsbewilligung ein bestimmtes Rechtsverhältnis oder eine bestimmte Geschäftsverbindung der Beteiligten bezeichnet, denen die zusichernden Forderungen angehören sollen. Dann allerdings muß die Bezeichnung mindestens durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung in das Grundbuch aufgenommen werden (K. G. Jahrb., B. 23, S. A. 237).

§ 5.

Übertragung der Forderung mit der Hypothek.

Schon in der Literatur der einzelnen Landesrechte ist die Abtretung der Kautionshypothek Gegenstand lebhafter Erörterung gewesen; die Ansichten gehen hier weit auseinander. Nach Dernburg ist der Kautionshypothekar befugt, zugleich mit der bezüglichen Forderung auch das Kautionsrecht für dieselbe abzutreten (vgl. Pr. Hyp.-R., S. 203), dann steht der Cedent bezüglich der Kautionshypothek dem Cessionar nach. Nach andern ist die Kautionshypothek dann übertragbar, wenn die durch sie zusichernde Forderung bereits entstanden ist (vgl. Siegmann, Sächs. Hyp.-R., S. 104). Regelsberger, nach dem der Kautionshypothek keine Forderung, sondern eine „Quelle von Forderungen, nämlich das Grundverhältnis" zugrunde liegt, macht

die Übertragbarkeit der Kautionshypothek abhängig von der Übertragbarkeit des Grundverhältnisses (vgl. Bayr. Hyp.-R., S. 46).

Für die Abtretung der Kautionshypothek im B. G. B. enthält § 1190, Abs. 4 die Bestimmung:

„Die Forderung kann nach den für die Übertragung von Forderungen geltenden allgemeinen Vorschriften übertragen werden. Wird sie nach diesen Vorschriften übertragen, so ist der Übergang der Hypothek ausgeschlossen."

Die Kautionshypothek kann demnach unbedenklich, wie jede Hypothek, für die die Erteilung des Briefes ausgeschlossen, nach § 1154, Abs. 3 B. G. B. mit der Forderung übertragen werden, in der Art, daß die Hypothek dem neuen Gläubiger für die entstandenen und weiter noch entstehenden Forderungen haften soll. Damit ist die Hypothek für den früheren Gläubiger endgültig erledigt. Zu dieser Abtretung wäre dann nach § 873 B. G. B. Einigung und Eintragung erforderlich und formell grundbuchrechtlich erforderlich und ausreichend für die Umschreibung auf den neuen Gläubiger die beglaubigte Abtretungs- und Bewilligungserklärung des bisherigen Gläubigers, auch wenn sie sich nur auf die Hypothek bezieht. Die Rechte und Pflichten des Schuldners werden durch diesen Gläubigerwechsel nicht berührt.

Da nun niemand mehr Rechte übertragen kann, als er selber hat, so geht die mit der Forderung an den neuen Gläubiger gelangende Hypothek als Kautionshypothek über. Eine solche Abtretung der gesicherten Forderung mit der Hypothek setzt die Feststellung des

Betrages der Forderung nicht voraus und ändert die rechtliche Natur der Hypothek nicht, diese bleibt eine Kautionshypothek (K. G. E. Jahrb., Bd. 24, S. a. 253).

Nicht ausgeschlossen erscheint auch die Abtretung eines oder mehrerer ihrem Betrage nach feststehenden Einzelansprüche mit der entsprechenden Hypothek.

Wenn Predari (a. a. O., S. 233) annimmt, in der Vereinbarung der Parteien, einen Einzelanspruch mit der Hypothek abzutreten, liege die Abrede der Parteien zur Umwandlung in eine gewöhnliche Hypothek, und der abgetretenen Hypothek den Charakter einer Verkehrshypothek verleihen will, so scheint diese Vermutung doch zu weit zu gehen, diese Absicht müßte wohl zum Ausdruck kommen.

Ist die Eintragung vollzogen, so ist damit nicht nur die Forderung, sondern auch der entsprechende Betrag der Hypothek auf den neuen Gläubiger übergegangen. Aber die Hypothek stellt sich nicht als Verkehrshypothek in Händen des neuen Gläubigers dar, sondern behält ihren Charakter als Sicherungshypothek. Das Recht des Gläubigers aus der Hypothek richtet sich nur nach dem Schicksal der abgetretenen Forderung (vgl. Planck a. a. O., S. 714; Oberneck a. a. O., S. 413; Turnau-Förster a. a. O., S. 835).

Unzulässig ist die Übertragung einer Einzelforderung mit der Hypothek, wenn nach dem Willen der Parteien das zugrunde liegende Rechtsverhältnis ein solches ist, daß nur der aus dem Rechnungsabschluß sich ergebende Saldo die durch die Hypothek gesicherte Forderung bildet (vgl. Biermann a. a. O., S. 419).

Mit der Übertragung scheidet der abgetretene Teilbetrag endgültig aus seinem Verhältnis zu den beim bisherigen Gläubiger zurückbleibenden Forderungen aus. Bei Befriedigung des neuen Gläubigers fällt der entsprechende Teil der Hypothek nicht etwa an Cedenten zurück, sondern geht nach § 1163, Abs. 1 auf den Eigentümer über, sofern nicht einer der Ausnahmefälle gegeben ist, in denen der persönliche Schuldner oder ein Dritter die Hypothek erwirbt (Mot. III, S. 890). Den cedierenden Gläubiger trifft dann allerdings der Nachteil, daß die Hypothek, die ihm für den nicht übertragenen Betrag verbleibt, nicht mehr zur Befriedigung aus dem Grundstück bis zum eingetragenen Höchstbetrage berechtigt, sondern nur noch für den ihm verbleibenden Rest (vgl. Dernburg a. a. O., S. 710; Staudinger a. a. O., S. 893).

Mit Recht machen die Motive schon darauf aufmerksam, daß eine solche Verringerung des Höchstbetrages zum Nachteile des bisherigen Gläubigers von dem geschädigten allein verursacht worden sei, durch einen freiwilligen Rechtsakt; aber ungerechtfertigt ist die so erfolgte Minderung der hypothekarischen Sicherheit des Gläubigers, wenn die Forderung mit der Hypothek ohne seinen Willen im Zwangswege überwiesen wird (Mot. III, S. 429).

§ 6.

Übertragung der Forderung nach den für die Übertragung von Forderungen geltenden allgemeinen Bestimmungen.

Nun bestimmt aber § 1190, Abs. 4 B. G. B.:

„Die Forderung kann nach den für die Übertragung von Forderungen geltenden allgemeinen Vorschriften

übertragen werden, der Übergang der Hypothek ist dann ausgeschlossen."

Berechnet ist diese Bestimmung für Einzelansprüche, und ihr wirtschaftlicher Zweck geht dahin, den Gläubiger davor zu bewahren, daß die Übertragung einzelner Forderungen mit der Hypothek während der Dauer des durch die Hypothek gesicherten Verhältnisses zu einer Minderung der Sicherheit für das Schlußguthaben führt.

Eigentlich praktische Bedeutung hat diese Bestimmung auch nur für die Abtretung von Einzelansprüchen, dies hat auch die Kommission zur zweiten Lesung eines Entwurfes zum B. G. B. ausdrücklich zugegeben und den ihr vorliegenden Antrag, zu dem § 1129, Entw. I noch als Absatz 3 hinzuzufügen: „Wird ein Teil der durch die Kautionshypothek gesicherten Forderung ohne Hypothek übertragen, so bleibt die Hypothek für den nicht übertragenen Teil der Forderung bis zum festgestellten Höchstbetrage bestehen", auch was seine Begründung anbelangt, gebilligt, aber die Aufnahme der Bestimmung in das Gesetz abgelehnt, da es sich lediglich um Feststellung einer sich aus der Natur der Kautionshypothek ergebenden Folgerung handle (Prot. III, S. 688).

Damit ist zugleich die von Rathenau (S. 197) vertretene Ansicht, daß das Gesetz, da es von „Forderung" in der Einzahl spreche, nur die endgültig festgestellte Forderung gemeint haben könnte, widerlegt und unseres Erachtens einwandfrei festgestellt, daß auch Einzelforderungen unter dem Begriff „Forderung" im Sinne des § 1190, Abs. 4 B. G. B. fallen.

Damit ist die Frage für uns erledigt, denn da sich

mit der endgültigen Feststellung die Kautionshypothek in eine Sicherungshypothek mit festem Betrage verwandelt, kommt die Sonderbestimmung des § 1190, Abs. 4 B. G. B. weiterhin nicht mehr in Betracht.

Wollen wir aber davon absehen und auch dem wirtschaftlichen Zweck der Bestimmung eine so weitgehende Bedeutung nicht beilegen, daß man dadurch die Bestimmung auf die Übertragung der Forderung vor der endgültigen Feststellung beschränken will, so muß uns doch die Untersuchung über den weiteren Verbleib der Hypothek, wenn die Forderung sie verlassen, dazu veranlassen, die Übertragung der Forderung nach endgültiger Feststellung, also nach Beendigung des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses, nicht mehr ohne gleichzeitigen Übergang der Hypothek zuzulassen (vgl. Biermann, S. 418; Hachenburg, S. 600; Neumann, S. 774; Endemann, S. 525; Matthiass, S. 183; Staudinger, S. 894).

Handelt es sich um die Abtretung einzelner oder mehrerer Forderungen vor der endgültigen Feststellung, so bleibt die Hypothek bei dem Gläubiger; das Grundstück haftet ihm unbeschränkt weiter für alle ihm noch zustehenden oder weiterhin entstehenden Ansprüche bis zum eingetragenen Höchstbetrage. Die übertragenen Forderungen scheiden aus dem Hypothekenverbande gänzlich aus und gelten als rein persönliche; durch das Erlöschen einer solchen Forderung kann nie eine Eigentümerhypothek entstehen.

Was aber wird aus der Hypothek, wenn die Forderung nach der endgültigen Feststellung ohne Hypothek übertragen wird?

Das Nächstliegende wäre in einem solchen Falle, einen Verzicht des Gläubigers auf die Hypothek überhaupt zu sehen und demgemäß nach § 1168 B. G. B. die Hypothek dem Eigentümer zuzusprechen; aber ein solcher Verzicht würde rechtlich bedeutungslos sein, denn er müßte dem Eigentümer oder dem Grundbuchamte gegenüber erklärt und ins Grundbuch eingetragen werden.

Eine andere Möglichkeit wäre die, die Hypothek für erloschen zu erklären. Aber, ganz abgesehen davon, daß darin eine ungerechtfertigte Benachteiligung des Eigentümers läge, würde sich ein solcher Untergang auch vor dem Gesetz nicht rechtfertigen lassen. Das Gesetz kennt zwei Endigungsgründe für die Hypothek; die rechtsgeschäftliche oder „Aufhebung", von der in unserem Falle natürlich keine Rede sein kann; und die gesetzliche Endigung „Erlöschen". Die gesetzlichen Endigungsgründe sind im B. G. B. speziell bezeichnet, darunter fällt § 1190, Abs. 4 B. G. B. auch nicht. Demnach kann von einem Untergang der Hypothek auch keine Rede sein.

Da nun die Hypothek doch irgendwo verbleiben muß, steht sie weiterhin dem früheren Gläubiger zu. Was soll aber der mit der Hypothek. Übertragen darf er die Hypothek nicht ohne Forderung; geltendmachen kann er sie nicht, denn sein Recht aus der Hypothek richtet sich nur nach der Forderung, sie würde also für ihn dauernd wertlos sein und nur den Zweck haben, einen mißlichen Eigentümer zu schädigen, indem der Gläubiger nach endgültiger Feststellung seine Forderung abtritt und die Hypothek behält, um den entsprechenden

Wert des Grundstücks dem Eigentümer zu entziehen. Daß eine solche Handlungsweise den Grundprinzipien des B. G. B. zuwider ist, liegt klar auf der Hand, es fragt sich nur, wie kann dem Eigentümer geholfen werden.

Ein Ausweg müßte gefunden werden und wurde auch gefunden, aber es ist eben nur ein Ausweg (vgl. Rathenau a. a. O., S. 202 ff): „Steht dem Eigentümer eine Einrede zu, durch welche die Geltendmachung der Hypothek dauernd ausgeschlossen ist, so kann er verlangen, daß der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet" (§ 1169 B. G. B.). Eine solche Einrede sucht Rathenau für den Eigentümer zu konstruieren, indem er ihm das Recht gewährt, die Erfüllung der Leistung zu verweigern, falls der Gläubiger die Hypothek gegen den Eigentümer geltend machen sollte. Unter Einrede versteht das Gesetz einen selbständigen Tatumstand, welcher die Befugnis gibt, den bestehenden klägerischen Anspruch zu verweigern (vgl. Engelmann a. a. O., S. 150). Ein Anspruch steht aber dem Gläubiger nicht zu, also kann auch von einer Einrede im Sinne des B. G. B. keine Rede sein.

Man hat versucht, durch analoge Anwendung des § 1169 B. G. B. einen Anspruch des Eigentümers auf Verzicht des Gläubigers auf die Hypothek und auf Berichtigung des Grundbuchs zu konstruieren, ebenso auf Grund des Chikaneparagraphen (§ 226 B. G. B.). Man kann auf diese Weise zum Ziele gelangen, aber es sind nur Notbehelfe.

§ 7.

Die Gestaltung der Eigentümerhypothek.

Außer den im § 1190 B. G. B. hervorgehobenen Besonderheiten der Kautionshypothek ergeben sich auch

noch manche Abweichungen von der gewöhnlichen Hypothek aus der Natur der Kautionshypothek. Besonders die Grundsätze über die Entstehung der Eigentümerhypothek werden in mancher Hinsicht modifiziert.

Es ist bereits erwähnt, daß mit der Eintragung das das Grundstück ein für alle Male bis zum eingetragenen Höchstbetrage unabhängig vom Entstehen oder Nichtentstehen von Forderungen und unbedingt belastet ist. Nur ist es unbestimmt, ob und in wie weit die Hypothek dem Gläubiger oder dem Eigentümer zusteht.

Aus dem früheren preußischen Recht und nach den Rechten der meisten Bundesstaaten ergab sich die Unzulässigkeit der Vorschriften über die Eigentümerhypothek ohne weiteres daraus, daß, wenn bei ihnen der Schuldner seiner Verbindlichkeit genügte, damit nicht etwa die Zahlung der eingetragenen Hypothek bezw. deren Tilgung eingetreten, sondern eine Hypothek im engeren Sinne überhaupt nicht entstanden war. Demgemäß rückten wegen mangelnder Forderung die Nachhypothekare vor.

Der erste Entwurf zum B. G. B. stand noch insofern auf demselben Standpunkte, als er bestimmte, daß in den Fällen, wo der Eigentümer zugleich auch persönlicher Schuldner sei, die Vorschriften über die Eigentümerhypothek keine Anwendung auf Sicherungshypotheken finden sollten; falls jedoch der den Gläubiger befriedigende Eigentümer nicht auch zugleich persönlicher Schuldner sei, sollte er die Forderung und mithin auch die Hypothek gewinnen.

Die Kommission für die zweite Lesung eines Ent-

wurfs zum G. G. B. erklärte die Grundsätze über die Eigentümerhypothek auf die Sicherungshypothek und damit auch die Kautionshypothek für anwendbar. Der Antrag, zur Vermeidung vielfacher Zweifel, durch besondere Vorschriften die Anwendung dieser Bestimmung auf die Kautionshypothek zu erleichtern, wurde abgelehnt, „die aus der Natur der Kautionshypothek sich ergebenden Folgerungen im Gesetz klarzustellen, sei unnötig, die Lösung etwaiger Schwierigkeiten aber könnte um so eher der Wissenschaft und Praxis überlassen werden, als die betreffenden Fragen nicht gerade häufig zur Entscheidung kommen würden".

Daß die Vorschriften auf die Kautionshypothek Anwendung finden, ist demnach klar, es fragt sich nur, wieweit die durch die Natur der Kautionshypothek bedingten Ausnahmen gehen.

Die Eigentümerhypothek bedeutet den Eintritt der Verpflichtung ohne den gleichzeitigen Eintritt der Berechtigung, die Bindung der Sache durch den Eintrag ohne Verbindung mit einer vergünstigten Person (vgl. Bruck a. a. O., S. 123; ähnl. Matthiass a. a. O., S. 144; Boehm, S. 239; Hachenburg, S. 246 ff.).

Zunächst sei klar gestellt, wann die Voraussetzungen des § 1163, Abs. 1, S. 1: „ist die Forderung, für welche die Hypothek bestellt, nicht zur Entstehung gelangt, so steht die Hypothek dem Eigentümer zu", bei der Kautionshypothek vorliegen.

Planck (S. 715), Fuchs (S. 621), Endemann (S. 880), Bruck (S. 180 f.) und andere nehmen an, daß die Kautionshypothek, so lange für den Gläubiger eine Forderung

noch nicht entstanden, dem Eigentümer als Grundschuld zustehe, und begründen das damit, daß das Gesetz keinen Anhalt dafür biete, in dieser Richtung für die Kautionshypothek eine Ausnahme zu machen, auch deren Natur rechtfertige eine derartige Abweichung nicht. Es kam für diese Autoren dann darauf an, zu verhindern, daß der Eigentümer durch Verfügung über seine Grundschuld das Pfandrecht des Gläubigers illusorisch mache. Dies ist nun auf die verschiedenste Weise versucht worden.

Fuchs (S. 621) erklärt: „Bis zur Entstehung der Forderung steht die als Hypothek eingetragene Belastung dem Eigentümer als Grundschuld zu; für den Gläubiger ist sie — das liegt in der Doppelnatur der Hypothek als Unterart der Realobligationen — nichts desto weniger von vorn herein Gläubigerhypothek, deren Erwerb für ihn durch die Entstehung der Forderung bedingt ist."

Nach Endemann (S. 880 ff) ist die Kautionshypothek von Anfang an eine „transitorische Eigentümergrundschuld", die sich jeweilig soweit ausdehnt, als der verlautbarte Höchstbetrag von der Forderung des Gläubigers nicht gedeckt wird; über seine Grundschuld kann der Eigentümer frei verfügen; aber das dem Gläubiger zustehende „dingliche Wartrecht" hat die Wirkung, daß alle Verfügungen dem Gläubiger gegenüber unwirksam sind, sobald durch die Entstehung einer Forderung die Hypothek auf ihn übergeht. Hirsch (S. 237) nennt die Eigentümerhypothek, die dem Eigentümer vorläufig zusteht bis zur Entstehung der Forderung „vorläufige Eigentümerhypothek"; Planck (S. 715) spricht von bedingter Eigentümerhypothek: die Anwartschaft des

Gläubigers erzeugt ein rechtlich geschütztes Leistungsbegehren, sie ist ein vollwertiges, wenn auch sehr eigenartiges, absolutes Recht auf Rechtserwerb (Hirsch, S. 244).

Gegen die praktische Wirkung ließe sich nichts einwenden, aber dem Sinne des Gesetzes entsprechend ist diese Anwendung der Grundsätze über die Eigentümerhypothek kaum.

Die Absicht der Parteien bei der Begründung der Kautionshypothek geht dahin, den Gläubiger sicher zu stellen für ungewisse, zukünftige Forderungen, deren Betrag möglicherweise den Höchstbetrag übersteigt, deren Höhe später festgestellt werden soll. So lange der „Vorbehalt der Feststellung" noch wirksam ist, kann man nicht sagen, ob und in wie weit eine Forderung entstanden und wieder erloschen ist. Ob eine Forderung für den Gläubiger entstanden ist, kann erst die endgültige Feststellung ergeben. In diesem Augenblick erst kann sich entscheiden, wie weit die Hypothek dem Gläubiger oder dem Eigentümer zusteht, dann sind die Voraussetzungen des § 1163, Abs. 1, Satz 1 gegeben. Nicht von vornherein steht die Hypothek dem Eigentümer zu, sondern nur dann und in soweit endgültig feststeht, daß das zugrunde liegende Rechtsverhältnis voll und ganz erschöpft ist, daß daraus eine Forderung nicht mehr entstehen kann, und daß der Betrag der entstandenen Forderung, einschließlich Zinsen, den Höchstbetrag nicht erreicht (vgl. Neumann a. a. O., S. 793).

Wegen dieser Ungewißheit über Entstehung und Umfang der Forderung ist auch eine Ausnahme von der

Regel des § 1163, Abs. 1, S. 2 erforderlich. Eine Eigentümerhypothek kann auch dann nicht entstehen, wenn die bis zu einem Zeitpunkt vor der endgültigen Beseitigung des Schwebezustandes entstandenen Forderungen ganz oder teilweise erlöschen. Ob und in welcher Höhe eine Eigentümerhypothek entstanden ist, entscheidet sich erst, wenn auch rückwärtshin, bei der endgültigen Abrechnung. Bis dahin steht der Erwerb der Eigentümerhypothek unter der Bedingung, daß bei Beendigung des der Hypothekenbestellung zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses die Forderung des Gläubigers geringer ist, als der eingetragene Höchstbetrag (vgl. Biermann a. a. O., S. 418). Auf diesem Standpunkt steht auch die Wissenschaft mit wenigen Ausnahmen, so schreibt Dernburg (B. G. B., S. 710):

„Auch die Höchstbetragshypothek kann sich, und zwar bis zu ihrem Höchstbetrage, in eine Eigentümerhypothek umwandeln. Solche Umwandlung tritt nicht ein, wenn eine einzelne in den Rahmen der Höchsthypothek fallende Forderung getilgt wird, so lange die Höchsthypothek noch unverkürzt auf dem Grundstücke haftet. Vorausgesetzt ist vielmehr, daß sich aus dem Verhältnis, für welches die Höchsthypothek bestimmt ist, keine Forderungen weiter entwickeln können, so daß der Gläubiger für die durch die Höchsthypothek erwachsenen Forderungen befriedigt ist.“ So auch Oberneck (S. 956), Turnau-Förster (S. 837) und Hachenburg (S. 598).

Daß auch die Praxis diesen Standpunkt vertritt, mag die Entscheidung des Reichsgerichts ergeben (R. G. E. Bd. 56, S. 323); das Wesen der Höchsthypothek bringt

es mit sich, daß sie so lange zur Verfügung des Gläubigers bleibt, bis das Rechtsverhältnis, zu dessen Sicherung sie bestimmt ist, seinen endgültigen Abschluß gefunden hat, sodaß weitere Forderungen aus ihm nicht mehr entstehen können. Durch Zahlungen, die dem Gläubiger während des Bestehens des Rechtsverhältnisses gemacht werden, kann die Haftung des Grundstückes nur auf dem Wege verringert werden, daß entweder im Sinne des § 1113, Abs. 1 B. G. B. aus dem Grundstück gezahlt wird, wodurch die Hypothek zu dem gezahlten Betrage erlischt, oder daß die Anrechnung der Zahlung auf den Höchstbetrag und in soweit eine Aufhebung der Hypothek (§ 1183) vereinbart wird.

Auch in der Kommission für die zweite Lesung eines Entwurfs zum B. G. B. ist diese Frage bereits erörtert worden, wir finden in den Protokollen folgendes ausgeführt: Die Kautionshypothek ist für eine Forderung bestellt, deren Betrag möglicherweise den Höchstbetrag übersteigt. Bis zum Höchstbetrag haftet aber das Grundstück für jeden Teil der Forderung: die Hypothek wird also dadurch, daß die Hypothek zum Teil erlischt, zu dem Betrage dieses Teiles nicht erledigt, sondern haftet bis zum Höchstbetrage für den Rest der Forderung in gleicher Weise fort, als wenn der erloschene Teil der Forderung niemals bestanden hätte. Ist die Kautionshypothek für alle Forderungen bestellt, die aus einem gewissen Rechtsverhältnis entstehen, und wird der Gläubiger wegen einer dieser Forderungen vor dem Abschluß des Rechtsverhältnisses befriedigt, so bleibt die Entscheidung, ob und zu welchem Betrage durch die Teil-

befriedigung eine Eigentümerhypothek entstehe, so lange in der Schwebe, bis nach Beendigung des Verhältnisses feststeht, ob die aus demselben entstandenen Forderungen den Höchstbetrag erreichen oder nicht (Prot. III, S. 891).

Wie also die Voraussetzungen des § 1163, Abs. 1, S. 1 erst nach erfolgter endgültiger Feststellung gegeben sind, so kann auch § 1163, Abs. 1, S. 2 erst von diesem Augenblick an für die Kautionshypothek in betracht kommen. Denn man kann da nicht vom Erlöschen der Forderung im Sinne des § 1163 B. G. B. sprechen, wo der Betrag der Forderung überhaupt noch nicht feststeht (vgl. Merkens a. a. O., S. 543).

Diejenigen Autoren, die die Hypothek von vornherein dem Eigentümer gewährten, stehen auch bezüglich der Wirkung von Teilzahlungen auf einem besonderen Standpunkt, jedoch gehen auch hier die Ansichten auseinander.

Wollte man annehmen, daß die Hypothek für den getilgten Teil der Forderung, soweit ihr Betrag unter dem Höchstbetrage bleibt, Eigentümergrundschuld und für den Rest der Forderung nicht weiter in betracht käme, dann würde der Gläubiger bald jede hypothekarische Sicherheit verloren haben: vor allem würden etwa nachher entstehende Forderungen ohne jede Sicherheit sein, falls die bis zum Höchstbetrag angewachsene Forderung im Laufe der Zeit vom Schuldner getilgt wäre. Da aber die Kautionshypothek dem Gläubiger für den ganzen Betrag seiner Forderung Sicherheit gewähren soll, und das Grundstück demgemäß für jeden Teil der Forderung haftet, würde der eigentliche Zweck

Kautionshypothek auf diese Weise zu nichte gemacht werden.

Fuchs (a. a. O., S. 622) ist in dieser Beziehung anderer Ansicht. Daß die Hypothek bis zum Höchstbetrage für jeden Teil der Forderung haftet, gibt er zu; aber es fehlt an jeder Begründung für den aufgestellten Rechtssatz, daß durch teilweises Erlöschen der Forderung die Hypothek dem Gläubiger nur dann entzogen werde, wenn der Rest der Forderung den Höchstbetrag nicht erreicht.

Ebenso wenig ist es mit der Natur der Kautionshypothek vereinbar, wenn man die Hypothek für den Fall, daß die ganze Forderung den Höchstbetrag übersteigt, für jeden Teil nur im Verhältnis des Höchstbetrages zur ganzen Forderung haften lassen und dem Eigentümer zur Zeit der Tilgung eines Teilbetrages einen verhältnismäßigen Teil der Hypothek als Eigentümergrundschuld zuteilen würde.

Planck (a. a. O., S. 715) ist nun der Ansicht, daß durch teilweises Erlöschen der Forderung die Hypothek dem Gläubiger nur dann entzogen werde, wenn der Rest der Forderung den Höchstbetrag nicht erreiche. Mit dem Erlöschen der Teilforderung würde die Hypothek von dem derzeitigen Eigentümer erworben, und zwar unter der Bedingung, daß der Rest der Forderung den Höchstbetrag nicht erreiche; ob und in wie weit dies der Fall wäre, ließe sich allerdings erst nach erfolgter Feststellung berechnen. Nur wenn nach dem Willen der Beteiligten erst durch die am Schlusse des Geschäftsverkehrs oder nach Ablauf eines gewissen Zeitraums

erfolgende Abrechnung die Höhe der Forderung festgestellt werden soll, findet das Gesagte nur auf die zur Tilgung eines anerkannten Saldos gemachten Zahlungen Anwendung. Die sonstigen Zahlungen übertragen die Hypothek nicht auf den Eigentümer zur Zeit der Zahlung, sondern verhindern die Entstehung der gesicherten Forderung und kommen insoweit dem Eigentümer zur Zeit der Bestellung zugute (vgl. Fuchs, S. 621; Bruck, S. 182).

Die von Planck vertretene Ansicht läßt Fuchs nur für den Fall gelten, „daß die Beteiligten es so gewollt haben", sonst bewendet es bei den allgemeinen Grundsätzen: wird ein Einzelanspruch getilgt, so fällt die Hypothek nach Maßgabe der allgemeinen Grundsätze an den Eigentümer zur Zeit der Tilgung (§§ 1143, 1163, Abs. 1, S. 2) bezw. an den persönlichen Schuldner (§ 1164) oder Ablösungsberechtigten (§ 1150).

Wollen wir vom Standpunkt dieser Autoren ausgehen, so können wir die Planck'sche Ansicht sowohl bezüglich ihrer rechtlichen Durchführung als auch ihres praktischen Ergebnisses vollauf billigen; die von Fuchs vertretene Ansicht dagegen ist unseres Erachtens mit dem Charakter der Kautionshypothek absolut unvereinbar, wie auch Planck mit Recht behauptet.

Ist der den Gläubiger befriedigende Eigentümer zugleich auch persönlicher Schuldner, so kann nur er für den Erwerb der Eigentümerhypothek in Betracht kommen. Hat dagegen ein Wechsel im Eigentum stattgefunden, so kann zweifelhaft sein, ob die Hypothek nun dem derzeitigen oder einem früheren Eigentümer

zukommt. Die Frage erledigt sich jedoch von selbst, wenn wir folgendes in Erwägung ziehen. Mit der Eintragung der Kautionshypothek erwirbt zwar der Gläubiger die Hypothek voll und ganz bis zum Eingetragenen Höchstbetrag; gleichzeitig aber hat der Eigentümer eine Anwartschaft auf den künftighin möglichen, aber zweifelhaften Erwerb der Kautionshypothek oder auf ihren nicht aufgebrauchten Teil als Eigentümergrundschuld. Ist also überhaupt keine Forderung entstanden, so steht die Eigentümergrundschuld dem Eigentümer zur Zeit der Bestellung zu, denn er hatte von vornherein ein Recht auf den Erwerb für den Fall eines Nichtentstehens eines Forderung. Ist dagegen während des Schwebezustandes eine Forderung erloschen und ergibt sich bei der endgültigen Feststellung, daß die Summe der festgestellten Forderungen hinter dem Höchstbetrag zurückbleibt, dann kann auch nur der Eigentümer zur Zeit des Erlöschens einen diesen Forderungen entsprechenden Teil der Hypothek erwerben, denn in dem Augenblicke der Zahlung erwarb er bereits eine Anwartschaft auf ihren Erwerb, für den Fall, daß die Summe der festgestellten Forderungen hinter dem Höchstbetrage zurückbleibt.

Soweit die Zahlung durch den persönlichen Schuldner erfolgt, geht die Hypothek auf ihn über, und zwar unter denselben Bedingungen wie auf den Eigentümer.

Befriedigt der nicht persönlich haftende Eigentümer oder ein zur Ablösung Berechtigter den Gläubiger wegen einer Teilforderung während der Dauer der Ungewißheit, so geht die Forderung und mit ihr die entsprechende

Hypothek gemäß § 1153 B. G. B. auf den Befriedigenden über (vgl. Oberneck, S. 410; Planck, S. 718; Turnau-Förster, S. 837).

Anders liegt der Fall bei Befriedigung aus dem Grundstück für eine Teilforderung. Eine solche kann der Gläubiger nur einmal verlangen, und muß dementsprechend die Hypothek zu dem entsprechenden Teile erlöschen und der Betrag der aus dem Grundstück beigetriebenen Forderung vom Höchstbetrage abgehen (vgl. R. G. E., Bd. 56, S. 323).

§ 8.

Besonderheiten bezüglich der Pfändung.

Die Kautionshypothek kann, da sie ein Recht darstellt, nach § 1273 B. G. B. auch ihrerseits wiederum Gegenstand eines Pfandrechts sein.

Da sich nach § 1274 B. G. B. die Bestellung des Pfandrechtes an einem Rechte nach den für die Übertragung dieses Rechtes geltenden Vorschriften richtet, sind bei der Kautionshypothek zwei Fälle zu unterscheiden:

1) die Pfändung der Forderung mit der Hypothek,

2) die Pfändung der Forderung ohne Hypothek, soweit deren Übertragung möglich ist.

Soll die Pfändung in der erstgedachten Weise erfolgen, so wäre nach § 830 C. P. O. dazu der Pfändungsbeschluß erforderlich und die Eintragung der Pfändung ins Grundbuch. Ist der Pfändungsbeschluß dem Drittschuldner zugestellt, so gilt ihm gegenüber die Pfändung auch schon vor der Eintragung als bewirkt.

Beantragt der Gläubiger die Überweisung der Forderung ohne Hypothek an Zahlungsstatt, so kann die Forderung nach den allgemeinen Vorschriften gepfändet und überwiesen werden (§ 837, Abs. 3 C. R. O.); als bewirkt gilt sie dann nach § 829, Abs. 3 C. P. O. mit der Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Drittschuldner.

Soweit bei der Kautionshypothek eine Eigentümergrundschuld bezw. -Hypothek zur Entstehung gelangt ist, unterliegt diese den Bestimmungen über Pfändung eines solchen Rechts; Voraussetzung für die Eintragung der Pfändung ins Grundbuch ist die Umschreibung der Hypothek auf den Eigentümer.

Fraglich ist, ob auch der Teil der Eigentümerhypothek, der, falls eine Forderung nicht zur Entstehung gelangt oder die endgültige Abrechnung einen Überschuß ergibt, dem Eigentümer zukommt, bereits im voraus gepfändet werden kann. Turnau-Förster hält dies für möglich, denn wenn der Grundstückseigentümer die Hypothek bis zum eingetragenen Höchstbetrage dem Gläubiger zur Verfügung stellt, so geschieht dies doch nur unter der Bedingung, wenn und insoweit die endgültig festgestellte Forderung den Höchstbetrag erreicht; tritt die Bedingung nicht ein, so ist der entsprechende Teil aus seinem Vermögen überhaupt nicht ausgeschieden (a. a. O., S. 338).

Auch das Reichsgericht hat so entschieden: derjenige Teil einer Kautionshypothek, der nach Abwicklung des Kreditgeschäfts möglicherweise von gegenüberstehenden Forderungen dem Sicherungsgläubiger frei-

bleibt und so nach § 1163 B. G. B. dem Eigentümer zusteht, kann gleich bedingten und betagten Forderungen durch Gläubiger des Eigentümers schon im voraus gepfändet werden (R. G. E., Bd. 51, S. 115 ff.).

Viel praktischen Wert würde eine solche Pfändung wohl nicht haben, denn wenn der Eigentümer auch nicht weiter über das ihm zustehende Recht verfügen kann, so kann er doch den ihm gewährten Kredit voll und ganz ausnutzen und auf diese Weise das Pfandrecht des Gläubigers illusorisch machen.

Auch formell grundbuchrechtlich läßt die Pfändung sich nicht bewerkstelligen. Der Gläubiger könnte den Überweisungsbeschluß vor der Eintragung ins Grundbuch dem Eigentümer zustellen lassen und wäre für ihn das Gebot, sich jeder Verfügung über das Recht zu enthalten, bindend; die Eintragung aber würde er nicht erwirken können. Zunächst muß der Pfändungsgläubiger vor der Eintragung in vorschriftsmäßiger Form nachweisen, daß die Eigentümerhypothek entstanden ist (§ 29 G. B. O.) (vgl. K. G. Jahrb., Bd. 29, S. A. 171), und ferner ist die Pfändung eine Eigentümerhypothek, deren Betrag nicht feststeht, unzulässig (vgl. K. G., Bd. 24, S. A. 132), und schließlich soll nach § 40 G. B. O. die Eintragung der Pfändung nur erfolgen, wenn derjenige, dessen Recht durch sie betroffen wird, als der Berechtigte eingetragen ist.

Die von Predari (a. a. O., S. 303 ff.) vertretene Ansicht, daß es sich um Pfändung des Rechts des Eigentümers auf den späteren Erwerb der Eigentümerhypothek handle, und daß deshalb § 829 C. P. O. in Anwendung

käme, ist natürlich möglich, wenn der Gläubiger nur das persönliche Recht des Eigentümers pfänden lassen will. Aber meistens will der Gläubiger ein Pfändungspfandrecht an der Hypothek im voraus erwerben, und diese ist Gegenstand des Pfandrechtes.

Auf andere Weise kann der Gläubiger sich helfen. Er läßt den Anspruch des Eigentümers auf Berichtigung des Grundbuches pfänden und sich überweisen und erwirkt den Pfändungsbeschluß hinsichtlich der zukünftigen Eigentümerhypothek; dann beantragt er Eintragung der Pfändung für den Fall, daß eine Umschreibung auf den Eigentümer erfolgt. Es dürfte dann nach § 17 G. B. O. vor Erledigung des früher gestellten Antrags eine später beantragte Eintragung der Pfändung für einen andern Gläubiger nicht erfolgen.

Sicher nicht pfändbar ist das höchst persönliche Recht des Eigentümers auf Einräumung des Kredits. Ohne Einwilligung des Gläubigers ist dieses Recht nicht übertragbar, und ein Eingriff in das Kreditrecht des Schuldners würde sich als ein Eingriff in Rechte, die ihm vermöge seiner Geschäftsfähigkeit zustehen, darstellen (vgl. R. G., Bd. 51, S. 115).

§ 9.

Mehrere Gläubiger.

Es unterliegt keinem Zweifel, daß die Teilnahme mehrerer Gläubiger an derselben Kautionshypothek zulässig ist, wenn ihre Anteile genau bestimmt sind.

Jedoch hat man mit Recht Bedenken, die Bestellung einer Kautionshypothek in der Art zuzulassen, daß

sie zunächst nur für die Forderung des ersten Gläubigers haftet und für den zweiten nur dann und insoweit, als nach endgültiger Feststellung der Forderung des ersten Gläubigers diese hinter dem eingetragenen Höchstbetrage zurückbleibt; läßt man eine solche Möglichkeit zu, dann muß man auch zugeben, daß der Eigentümer mit Zustimmung des eingetragenen Gläubigers während des Bestehens der Hypothek einen zweiten Gläubiger eintragen läßt, mit der Bestimmung, daß ihm die Hypothek nur für den Anteil haften soll, den der erste Gläubiger von derselben nicht verbraucht.

Das Kammergericht hat sich mit eingehender Begründung für eine solche Möglichkeit entschieden und dabei ausgeführt: „Aus § 1180 B. G. B. ergibt sich, daß eine Sicherungshypothek dergestalt geteilt werden kann, daß sie nur mit dem einen Teile für das Schuldverhältnis, für das sie ursprünglich bestellt war, haftet, während für den danach verbleibenden Rest der Sicherungshypothek ein neues Schuldverhältnis an die Stelle des früheren gesetzt wird, entweder in der Weise, daß der Eigentümer die freiwerdende Hypothek mit einer anderen persönlichen Forderung unmittelbar verbindet, oder daß das zweite Schuldnerverhältnis mit der Hypothek für den Fall und unter der Voraussetzung ihres gänzlichen oder teilweisen Freiwerdens verbunden wird. Im ersten Falle erlangt der Gläubiger ein unbedingtes, im zweiten Fall ein bedingtes Recht."

Diese Begründung des Kammergerichts wird von der Wissenschaft durchweg nicht gebilligt. § 1180, Abs. 1 B. G. B. bestimmt: „An die Stelle der Forderung, für

welche die Hypothek besteht, kann eine andere gesetzt werden."

Daraus geht hervor, daß die alte Forderung ganz oder zum Teil wenigstens ausscheiden muß; wohl können an die Stelle der alten Forderung verschiedene andere bis zum Gesamtbetrag der alten Forderung gesetzt werden, auch kann an Stelle eines Teils der alten Forderung eine neue gesetzt werden, aber eine Erweiterung auf Gläubiger- oder Schuldnerseite ist nicht ohne weiteres statthaft, da sie zu einer unerlaubten Häufung der Schuldverhältnisse führt. Darauf läuft die Entscheidung des Kammergerichts hinaus. Denn nicht an Stelle des ursprünglich gesicherten Schuldverhältnisses soll ein anderes treten, sondern es soll die Hypothek neben dem ursprünglichen Schuldverhältnis noch ein anderes sichern, nämlich das zwischen dem Eigentümer und dem neuen Gläubiger. Auch aus der Natur der Kautionshypothek läßt sich diese Häufung der Schuldverhältnisse nicht rechtfertigen, denn durch die Möglichkeit, daß bei der Begründung der Kautionshypothek ein in stetem Fluß befindlicher Inhalt der Hypothek nicht nur dem Betrage, sondern auch dem Grunde der Forderung nach vorbehalten werden kann, wird die einheitliche Natur der Hypothek und des durch sie gesicherten Schuldverhältnisses, also der ursprüngliche Inhalt des einmal begründeten Rechts nicht berührt (Huth a. a. O., S. 179).

In dem Ergebnis stimmen jedoch mehrere Autoren mit der Entscheidung des Kammergerichts überein, so Neumann (a. a. O., S. 793) und Turnau-Förster (a. a. O., S. 831) ohne Begründung; Oberneck (a. a. O., S. 73 ff.)

gelangt zu demselben Ergebnis auf andere Weise. Er geht davon aus, daß bei der Sicherungshypothek der Gläubiger von vornherein nur bedingt berechtigt ist für den Fall der Entstehung einer Forderung. Demnach sei der Eigentümer unter der entgegengesetzten Bedingung berechtigt und daher auch bedingt verfügungsberechtigt. Daher könne der Eigentümer gleichzeitig mit der Kautionshypothek über die ihm eventl. zustehende Eigentümerhypothek in der im Text gedachten Weise verfügen. Diese Ansicht ist der Ausfluß der von Oberneck (a. a. O., S. 30 ff.) vertretenen „Theorie der Doppelberechtigung".

Wollen wir dem Eigentümer nun auch eine solche bedingte Berechtigung zukommen lassen, so wäre er doch nicht „berechtigter" im Sinne des Grundbuchs, denn dies ist nur der wirklich berechtigte, der als solcher eingetragen. § 40, Abs. 1 G. B. O. soll dem Grundbuchamt die Legitimationsprüfung erleichtern und den eingetragenen Berechtigten dagegen sichern, daß ungeachtet der nach § 891 B. G. B. mit der Eintragung verbundenen Vermutung ein anderer unbefugterweise über das Recht verfügt. Dem würde die Eintragung eines Bedingtberechtigten zuwider sein.

Einer, der, wie in unserem Falle der Eigentümer, nur mittelbar und dann nur als Bedingtberechtigter im Grundbuch bezeichnet ist, ist sicher nicht in der Lage, über sein bedingtes Recht grundbuchmäßig zu verfügen.

Abgesehen davon steht dem Eigentümer nur eine Anwartschaft auf den zukünftigen Erwerb der Eigen-

tümerhypothek zu. Über dieses persönliche Recht könnte er wohl verfügen, von einem dinglichen Recht und einer Verfügung über dasselbe kann keine Rede sein.

Wir gelangen also mit der herrschenden Meinung zu dem Resultat, daß eine Teilnahme mehrerer Gläubiger an der Kautionshypothek in der im Text gedachten Weise nicht möglich ist (vgl. Biermann a. a. O., S. 398; Kretschmar a. a. O., S. 602; Staudinger a. a. O., S. 892). Selbst wenn sich rechtlich eine derartige Eintragung von mehreren Gläubigern konstruieren ließe, würde man immer noch mit Recht gegen diese Stellung nehmen, weil es an der notwendigen Bestimmtheit des eingetragenen Gläubigers fehlte (Ekcius a. a. O., S. 62; und Reichsgericht, Centr.-Bl. f. fr. G., Bd. 6, S. 519).

Praktisch könnte die Eintragung in der Weise für die Beteiligten leicht üble Folgen haben, denn viele Gerichte niederer Instanz werden die Möglichkeit der Eintragung ebenso verschieden beurteilen wie das Reichsgericht und Kammergericht. Auch kann der Eigentümer das gleiche wirtschaftliche Ergebnis leicht und gefahrlos auf andere Weise erreichen; entweder er läßt zwei Sicherungshypotheken nacheinander eintragen oder aber eine Grundschuld in Höhe der Kautionshypothek auf seinen Namen und verpfändet diese dem ersten und nach ihm dem zweiten Gläubiger.

§ 10.

Die endgültige Feststellung.

Soll die im § 1190, Abs. 1 B. G. B. vorbehaltene Feststellung der Forderung erfolgen, so hat sie, um für

die Hypothek wirksam zu sein, durch Einigung des Gläubigers und des Eigentümers und Eintragung ins Grundbuch zu erfolgen. Es bedarf dazu der Zustimmung derjenigen, die ein Recht an die Hypothek haben, nicht der der im Range gleich- und nachstehenden Berechtigten (Biermann, S. 419).

Die Kautionshypothek ist eine Sicherungshypothek und unterscheidet sich von der gewöhnlichen Sicherungshypothek nur durch die Unbestimmtheit der Forderung. Ist der Forderungsbetrag nun durch die endgültige Abrechnung festgestellt und der bestimmte Betrag eingetragen, so ist das Unterscheidungsmerkmal damit fortgefallen, sie ist eine gewöhnliche Sicherungshypothek. Ihren Charakter als Sicherungshypothek kann sie nicht ohne weiteres verlieren; sie bleibt vielmehr auch ohne besondere Bezeichnung im Grundbuch bestehen (vgl. Matthiass, S. 183; Willenbücher, S. 257). Allerdings hat dann die Bezeichnung als Sicherungshypothek im Grundbuch zu erfolgen.

Vom Augenblick der Umwandlung ab haftet das Grundstück gemäß § 1115 B. G. B. für Zinsen und Nebenleistungen auch über den eingetragenen Betrag hinaus, der Gläubiger kann jetzt auch Eintragung eines Zinssatzes bis zu 5 % verlangen.

Auf Grund dieser Betrachtung vermögen wir die Ansicht, daß die Kautionshypothek sich durch Eintragung eines bestimmten Forderungsbetrages in eine Verkehrshypothek verwandle, nicht zu billigen (vgl. Boehm, S. 296).

Übersteigt der Forderungsbetrag den eingetragenen

Höchstbetrag, so hat der Gläubiger das Recht, zu bestimmen, auf welche Forderungen sich die hypothekarische Haftung erstrecken soll; für die übrigen bleibt die persönliche Haftung natürlich bestehen. Bleibt der Forderungsbetrag hinter dem eingetragenen Höchstbetrag zurück, so steht für den Restbetrag die Hypothek dem Eigentümer zu, und kann er die Umschreibung auf seinen Namen verlangen.

Sieht man in der Umwandlung der Kautionshypothek in eine Sicherungshypothek mit festem Betrage eine Änderung des Inhalts eines dinglichen Rechtes und verlangt demgemäß entsprechende Einigung, so darf man eine ipso iure Umwandlung, wie sie sich nach unserer Ansicht mit der Eintragung des Forderungsbetrages vollzieht, nicht gelten lassen.

Es liegt dann aber auch in der Feststellung der Forderung durch Schlußabrechnung nicht die endgültige Feststellung, denn dann kann sich die Forderung durch Zinsen noch erweitern. Von einer endgültigen Feststellung kann dann überhaupt nur die Rede sein, wenn entweder der Eigentümer zahlt, oder aber die Kautionshypothek in eine feste Hypothek umgewandelt ist. Denn ohne eine solche Umwandlung ist der Umfang der hypothekarischen Haftung noch unbestimmt, weil zu dem festgestellten Betrage noch Zinsen hinzukommen können. Der Betrag, zu welchem der Gläubiger auf Grund der Hypothek einmal Befriedigung aus dem Grundstück zu verlangen haben wird, steht dann noch nicht ziffermäßig fest, und so lange dieser Betrag nicht feststeht, fehlt es auch an einer Feststellung im Sinne des § 1190 B. G. B. (vgl. Kretschmar, Grundb. R., S. 414).

Praktisch bedeutsam wird dieser Unterschied in der Auffassung für die Entstehung einer Eigentümerhypothek. Nach der von uns vertretenen Ansicht entsteht die Eigentümerhypothek mit der durch Schlußabrechnung erfolgten Feststellung des Forderungsbetrages und dessen Eintragung.

Im andern Fall dagegen ist zur Entstehung der Eigentümerhypothek entweder Zahlung oder Umwandlung der Kautionshypothek in eine feste Hypothek erforderlich, und ein Anspruch auf Umwandlung steht weder dem Gläubiger noch dem Eigentümer zu. Nun hat z. B. der Eigentümer für den Gläubiger eine Sicherungshypothek bis zum Höchstbetrage von 10 000 Mark eintragen lassen und nach Beendigung des Rechtsverhältnisses stellt sich ein Anspruch in Höhe von 3000 Mark heraus; der Gläubiger will von einer Umwandlung nichts wissen und verlangt Zahlung; der Eigentümer kann die Zahlung nicht bewirken; was nun? 7000 Mark sind durch eine Laune des Gläubigers dem Eigentümer entzogen, ein der Billigkeit sehr wenig entsprechendes Resultat. Auf Grund des § 226 B. G. B. würde der Eigentümer allerdings den Verzicht des Gläubigers auf einen Teil der Hypothek verlangen können, aber der dem Gläubiger verbleibende Betrag muß so reichlich bemessen sein, daß der Gläubiger auch für alle eventuell entstehenden Zinsansprüche voll gesichert bleibt (vgl. R. G. E., Bd. 56, S. 323 f.).

Also auch im wirtschaftlichen Ergebnis würde die von uns vertretene Ansicht den Vorzug verdienen.

§ 11.

Die Umwandlung in eine gewöhnliche Hypothek.

Wie jede Sicherungshypothek kann auch die Kautionshypothek in eine feste Hypothek und in eine andere Art des Grundpfandes umgewandelt werden (vgl. Kretschmar, S. 414; Biermann, S. 408; Endemann, S. 524; Maenner, S. 280; Turnau-Förster, S. 815); Boehm (S. 296) und Hechenburg (S. 599) sind anderer Ansicht und meinen, als Sicherungshypothek kraft Gesetzes sei die Kautionshypothek hinsichtlich ihrer Umwandlung in eine andere Hypothekenart dem Parteiwillen entzogen, bis die vorbehaltene Feststellung erfolgt sei.

Da nun alle anderen Hypotheken verlangen, daß Einigung und Eintragung eine individuelle Forderung und ihren Betrag bestimmen, muß man für die Umwandlung der Kautionshypothek entsprechende Spezialisierung der Forderung verlangen. Erforderlich ist also jedenfalls die Feststellung, daß eine bestimmte Forderung besteht. Diese Feststellung, die vom Grundstückseigentümer auszugehen hat und sich auf einen Teil oder auf die ganze Forderung erstrecken kann, kann durch freiwilliges Anerkenntnis dem Gläubiger gegenüber, eventuell durch rechtskräftige Verurteilung zur Anerkennung der Forderung geschehen. Ist diese Feststellung, die nicht mit der von uns an anderer Stelle behandelten endgültigen Feststellung verwechselt werden darf, erfolgt, dann kann die Umwandlung als Änderung des Inhalts eines Rechts am Grundstück erfolgen durch Einigung des Gläubigers und Eigentümers über diese Rechtsänderung und Ein-

tragung der Rechtsänderung ins Grundbuch, eventuell mit Zustimmung des Dritten, dem ein Recht an der Hypothek zusteht. Diese Zustimmung Gleich- und Nachstehendberechtigter ist dagegen nicht erforderlich.

Auch der persönliche Schuldner und der Hypothekenbesteller, soweit sie nicht mit dem Eigentümer des Grundstücks zur Zeit der Umwandlung identisch sind, brauchen nicht gefragt zu werden (Predari, S. 221; Planck, S. 655; Biermann, S. 408; Oberneck, S. 494). Die Verbindlichkeit des persönlichen Schuldners wird durch die Feststellung nicht berührt, alle Einwendungen gegen die persönliche Forderung bleiben ihm erhalten, denn auf das Schuldverhältnis erstreckt sich der öffentliche Glaube des Grundbuchs auch bei der Verkehrshypothek nicht, sondern nur auf die Forderung in Ansehung der Hypothek.

Bei der Umschreibung der Kautionshypothek in eine bestimmte Hypothek von geringerem Umfange bleibt der Rest der ersteren bestehen und zwar wird sie für diesen Überschuß Kautionshypothek für den eingetragenen Gläubiger bleiben, und nur auf Grund seiner Bewilligung und der Zustimmung des Eigentümers könnte die Löschung des Restbetrages der Kautionshypothek erfolgen (Oberneck, S. 415).

Planck (S. 718) nimmt an, daß die Hypothek für diesen Überschuß auf den Eigentümer übergehe, wenn dem Gläubiger eine Forderung nicht mehr zustehe. So ohne weiteres ist dem wohl nicht zuzustimmen, denn wollte der Eigentümer entsprechende Umschreibung auf seinen Namen verlangen, so müßte er in vorgeschriebener

Form außer dem Nichtbestehen einer Forderung auch noch nachweisen, daß dem Gläubiger auch in Zukunft aus dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis eine Forderung nicht mehr entstehen kann.

Den Parteien bleibt es im übrigen überlassen, zu bestimmen, in welche Hypothek die Kautionshypothek umgewandelt werden soll. Eine Pflicht des Eigentümers, die Einwilligung zur Umwandlung einer Kautionshypothek in eine gewöhnliche Hypothek zu geben, besteht nicht, es sei denn auf Grund einer obligatorischen Verpflichtung.

Ebenso kann nach § 1186 auch die Umwandlung einer gewöhnlichen Hypothek in eine Sicherungs- und Kautionshypothek stattfinden. Jedoch darf dann der Höchstbetrag ohne Zustimmung der nacheingetragenen nicht höher angesetzt werden, als die eingetragene Forderungssumme.

Wie in eine gewöhnliche Hypothek kann die Kautionshypothek auch entsprechend § 1198 B. G. B. in eine Grundschuld und diese wiederum nach § 1203 B. G. B. in eine Rentenschuld umgewandelt werden (Biermann, (S. 409) und umgekehrt.

Ist die Umschreibung der Kautionshypothek in eine Hypothek mit bestimmtem Betrage erfolgt, dann können nach § 1119 B. G. B. Zinsen bis zu 5 % vom Tage der Eintragung der umgewandelten Hypothek mit dem Range der letzteren ohne Zustimmung der im Range gleich- oder nachstehenden Gläubiger eingetragen werden; rückständige Zinsen jedoch nur, wenn der Betrag des Kapitals und der Zinsen innerhalb des eingetragenen

Höchstbetrages bleibt (Oberneck, S. 416; Biermann, S. 409).

Mit der Umwandlung der Kautionshypothek kann eine Zerteilung der Hypothek (§ 1151) und auch die Ersetzung der Forderung, für welche die gewöhnliche Hypothek bezw. Sicherungshypothek bestellt war, durch eine andere verbunden werden (§ 1180).

§ 12.

Die Behandlung der Kautionshypothek in der Zwangsversteigerung.

Auch hinsichtlich der Behandlung in der Zwangsversteigerung gelten einige Besonderheiten für die Kautionshypothek.

Während der Grundstückseigentümer nach Eröffnung des Konkursverfahrens nicht das Recht hat, eine zur Zeit der Konkurseröffnung nicht valutierte Kautionshypothek der Masse durch nachträgliche Valutierung zu entziehen, wird durch die Beschlagnahme des Grundstücks das Kreditrecht des Eigentümers nicht beeinflußt. Er ist auch weiterhin befugt, neue Forderungen, die in der Kautionshypothek Sicherheit finden, bis zur Kaufgeldverteilung zur Entstehung zu bringen (Dernburg, Preuß. H. R., S. 203; Staudinger, S. 893; Endemann, S. 745).

Nur Boehm vertritt in dieser Beziehung eine andere Ansicht (S. 296): Dem betreibenden Gläubiger gegenüber könne die bestehende Haftung des Grundstücks nur dann wirksam erweitert werden, wenn der Schuldner

schon vor der Beschlagnahme derart gebunden wäre, daß die Entstehung der Forderung nicht mehr von seinem Willen abhing.

Nach der heute allgemein herrschenden Ansicht handelt es sich bei der Kautionshypothek nicht um einen Anspruch von unbestimmtem Betrage im Sinne des § 14 Z. V. G., also auch nicht um ein durch die Feststellung des Betrages aufschiebend bedingtes Recht. Die Kautionshypothek belastet vielmehr das Grundstück bis zu dem eingetragenen Höchstbetrage schlechthin; unbestimmt ist nur die Person des Berechtigten, nicht die Höhe des Betrages, zu welchem die Hypothek besteht (R. G. E., Bd. 49, S. 165).

Somit sind die Voraussetzungen des § 14 Z. V. G. nicht gegeben und die §§ 50, Abs. 1, 119 und 120 Z. V. G. kommen nicht in Anwendung.

Die Erhöhung der Zahlungspflicht tritt nur ein, wenn entweder die Hypothek zur Zeit des Zuschlags nicht besteht oder aber wenn die Hypothek bedingt ist, und die aufschiebende Bedingung ausfällt oder die auflösende Bedingung eintritt, und dadurch das dingliche Recht entweder garnicht zur Entstehung gelangt oder wieder erlischt. Der § 50 ist aber nicht gegeben, wenn nur die der Hypothek zugrunde liegende Forderung nicht zur Entstehung gelangt oder wieder weggefallen oder wenn die Forderung nur bedingt ist.

Wird die Kautionshypothek mit in das geringste Gebot aufgenommen, so steht sie auch weiterhin dem Gläubiger zu, so lange das ihr zugrunde liegende Rechtsverhältnis nicht beendet, also neue Forderungen daraus

noch entstehen können. Ist das zugrunde liegende Rechtsverhältnis beendet, so steht die Hypothek für den nicht valutierten Teil der Forderung dem Eigentümer zu, und zwar dem Eigentümer zur Zeit der Bestellung, soweit eine Forderung nicht entstanden, dem Eigentümer zur Zeit des Erlöschens, soweit die Forderung wieder erloschen. Erlischt die Forderung nach dem Zuschlag, so fällt der Betrag an den Ersteher, eine Ersatzzahlungspflicht tritt jedoch nicht ein (R. G. E., Bd. 55, S. 271; Jaeckel, S. 74; Steiner, S. 142).

Ist die Kautionshypothek nicht in das geringste Gebot aufgenommen, so erlischt sie mit dem Zuschlag gemäß §§ 91, 52 Z. V. G. Liegt sie noch innerhalb des Bargebots, so steht der vom Gläubiger nicht in Anspruch genommene Betrag den nachstehenden Gläubigern zu; für diesen Betrag kann ein Eigentümerpfandrecht nicht entstehen, da die unter das Bargebot fallende Hypothek mit dem Zuschlag erlischt (Crome, S. 801; O. L. G. Dresden bei Schröder, Bd. III, S. 90).

Wie aber gestaltet sich die Verteilung des Erlöses, wenn auch bis zum Verteilungstermine die endgültige Feststellung noch nicht erfolgt ist?

Es handelt sich dann um Ansprüche des Gläubigers von unbestimmtem Betrage, die nach § 14 Z. V. G. als aufschiebend bedingt behandelt werden. Es finden deshalb § 119 und § 120 Z. V. G. Anwendung.

„Wird auf einen bedingten Anspruch ein Betrag zugeteilt, so ist durch den Teilungsplan festzustellen, wie der Betrag anderweitig verteilt werden soll, wenn die Ansprüche wegfallen."

„Ist ein Anspruch aufschiebend bedingt, so ist der Betrag für die Berechtigten zu hinterlegen; soweit der Betrag nicht gezahlt ist, wird die Forderung gegen den Ersteher auf die Berechtigten übertragen; die Übertragung sowie die Hinterlegung erfolgt für jeden unter der entsprechenden Bedingung."

Die Verteilung könnte dann nur auf diese Weise erfolgen (vgl. Jaeckel, S. 465).

Auch bei der Zwangsversteigerung kann sich der Gläubiger zur Geltendmachung seines Rechts nicht auf die Eintragung berufen. Er muß vielmehr, um vom Vollstreckungsrichter als Empfangsberechtigter behandelt zu werden, nachweisen, in wie weit für ihn die Forderung und damit die Hypothek entstanden ist.

Erst nach dem Gläubiger werden die Eigentümerhypothekare befriedigt, denn nach § 1176 B. G. B. kann die dem Eigentümer oder dem persönlichen Schuldner zufallende Hypothek nicht zum Nachteile der dem Gläubiger verbleibenden Hypothek geltend gemacht werden.

Noch mehrere Jahre nach dem Inkrafttreten des B. G. B. standen fast alle Autoren, die heute die im Texte aufgestellte Ansicht als absolut richtig vertreten, auf gerade entgegengesetztem Standpunkte. Man nahm durchweg an, es handle sich bei der Kautionshypothek um einen Anspruch von unbestimmtem Betrage im Sinne des § 14 Z. V. G. und brachte dementsprechend §§ 50, Abs. 1, S. 2, 119 und 120 Z. V. G. zur Anwendung. Einerseits geschah dies unter dem Einfluss des früheren Rechts, andererseits hat aber auch ein anderer Umstand zu dieser irrigen Auffassung Veranlassung gegeben.

Der Entwurf I, Z. V G. enthielt zu der Vorschrift des heutigen § 50 Z. V. G. noch den Zusatz im § 70, Abs. 1: „Im Sinne dieser Vorschrift gilt eine Hypothek für eine Forderung von unbestimmtem Betrage als aufschiebend bedingt durch die Feststellung des Betrages."

Da der Entwurf II zum Z. V. G. diesen Zusatz nicht mehr enthielt, ohne seine Fortlassung zu begründen, nahm man an, er sei als selbstverständlich weggelassen worden.

Dabei ließ man aber unbeachtet, daß der Entwurf I zum Z. V. G. ein Zeitgenosse des Entwurfs I zum B. G. B. war, der die Kautionshypothek entsprechend der des preuß. E. E. G. noch als bedingte Hypothek behandelte, während zur Zeit des Entwurfs II, Z. V. G. bereits der Entwurf II zum B. G. B. vorlag, der im § 1093 die Vorschriften über die Eigentümerhypothek auch für die Kautionshypothek zuließ, „da sie ebenso viel gelte als eine feste Hypothek", und daß damit der Zusatz zu § 70, Abs. 1, Entwurf I zum Z. V. G. von selbst hinfällig wurde und darum keine Aufnahme in dem Entwurfe II zum Z. V. G. fand.

Literatur.

Achilles-Strecker: Die Grundbuchordnung und Übersicht über das materielle Grundbuchrecht. Teil I, Reichsrecht. Berlin 1901.

Biermann: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuche. Sachenrecht, II. Aufl. Berlin 1903.

Boehm: Das materielle und formelle Reichsgrundbuchrecht. Hannover 1898.

Bondi: Welchen Einfluß hat das Inkrafttreten des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches auf die Kautionshypotheken des älteren Rechts in solchen Fällen ausgeübt, in denen die Kautionshypothek am 1. I. 1900 nicht voll erfüllt war. Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß. Leipzig 1902, Bd. XII, Heft 2.

Bruck: Die Eigentümerhypothek. Jena 1903.

du Chesne: Die bedingte Eigentümergrundschuld des Bestellers einer Höchsthypothek. Das Recht. 10. Dez. 1905.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. III. Rechte an Sachen und an Rechten. Tübingen 1905.

Crusen-Müller: Das preußische Ausführungsgesetz zum bürgerlichen Gesetzbuche vom 20. Sept. 1899. Erster Teil. Berlin 1900.

Dernburg: 1. Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts, Bd. I. Leipzig 1860.
2. Das preußische Hypothekenrecht. Zweite Abteilung. Leipzig 1891.
3. Das Sachenrecht des Deutschen Reiches und von Preußen, III. Aufl. Halle a. S. 1904.

Ekcius: Bemerkungen zur Rechtssprechung des Kammergerichts in Grundbuchsachen. Deutsche Juristenzeitung 1901.

Endemann, Friedr.: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 8. bis 9. Aufl., Bd. II. Sachenrecht. Berlin 1905.

Endemann, Wilh.: Der Kredit als Gegenstand der Rechtsgeschäfte. In der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. IV. Erlangen 1861.

Engelmann: Das bürgerliche Recht Deutschlands, IV. Aufl. Berlin 1906.

Fuchs: Grundbuchrecht. Kommentar zu den grundbuchrechtlichen Normen des bürgerlichen Gesetzbuches und zur Grundbuchordnung, Bd. I. Berlin 1902.

Gierke: Deutsches Privatrecht, Bd. II. Sachenrecht. Leipzig 1905.

Grünhut: Das Recht des Kontokurrentverkehrs. In der Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, Bd. III. Wien 1876.

Habicht: Die Einwirkung des bürgerlichen Gesetzbuches auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse, III. Aufl. Jena 1901.

Hachenburg: Das bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich, II. Aufl. Mannheim 1900.

Herold: Die Behandlung aufschiebend bedingter Rechte im deutschen Grundbuchsystem. Im Centralbl. f. freiw. Gerichtsbarkeit. 5. Dez. 1907. Achter Jahrgang, Heft 11.

Hirsch: Die Höchstbetragshypothek als wichtigste Erscheinungsform der vorläufigen Eigentümerhypothek. Im Archiv f. bürgerliches Recht, Bd. 25. Sept. 1904.

Huth: Die Erweiterung der Maximalhypothek nach Gläubiger- und Schuldnerseite im Centralbl. f. freiw. Gerichtsbarkeit. 6. Jahrgang, Heft 4—5.

Jaeckel: Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung mit Kommentar in Anmerkungen. 3. Aufl. Berlin 1909.

Kretschmar: 1. Einführung in das Grundbuchrecht. Leipzig 1902.

2. Das Sachenrecht des bürgerlichen Gesetzbuches. Leipzig 1906.

Maenner: Das Sachenrecht nach dem bürgerlichen Gesetzbuche und der Grundbuchordnung für das Deutsche Reich, 2. Aufl. München 1906.

Matthiass: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. II. Das Sachenrecht, das Persönlichkeits- und Immaterialgüterrecht, das Familienrecht und das Erbrecht, IV. Aufl. Berlin 1900.

v. Meibom: Das Mecklenburgische Hypothekenrecht. Leipzig 1871.

Merkens: Grundsicherheit für Bankkredit. In der Zeitschrift des deutschen Notarvereins 1905, Heft 9.

Mugdan: Die gesamten Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. III, Sachenrecht. Berlin 1899.

Neumann: 1. Jahrbuch des deutschen Rechtes. Jahrgang 1—7. Berlin 1910.
2. Handausgabe des bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. I, III. Aufl. Berlin 1908.

Oberneck: 1. Die Eigentümerhypothek im Lichte der Praxis. In Gruchots Beiträgen, Bd. 47, Heft 2 bis 3. Berlin 1905.
2. Das Reichsgrundbuchrecht, Bd. II. 4. Aufl. Berlin 1909.

Planck: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, Bd. 3. Sachenrecht. III. Aufl. Berlin 1906.

Predari: Die Grundbuchordnung vom 24. März 1897. Berlin 1907.

Rathenau: Der Übergang der Kautionshypothek nach B. G. B. § 1190. In Kohlers Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 17. Berlin 1904.

Regelsberger: Das Bayrische Hypothekenrecht. Leipzig 1896.

Reinhardt: Über die Behandlung der Maximalhypothek bei einer Verteilung des Zwangsversteigerungserlöses. In das Recht. 6. Jahrgang. 1902, Nr. 2.

Schröder: Grundbuchentscheidungen.

Siegmann: Das Königliche Sächsische Hypothekenrecht. Leipzig 1875.

v. Staudinger: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz. 5. bis 6. Aufl., Bd. III. Sachenrecht. Berlin-München 1910.

Stegemann: Bemerkungen betr. die vor dem 1. I. 1900 eingetragenen Kautionshypotheken preußischen Rechts. In Gruchots Beiträgen, Bd. 47, Heft 2 bis 3.

Steiner: Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung. II. Aufl. München und Berlin 1909.

Turnau: Die Grundbuchordnung vom 5. Mai 1872 mit Ergänzungen und Erläuterungen, Bd. I, 5. Aufl. Paderborn 1892.

Turnau-Förster: Das Liegenschaftsrecht nach den deutschen Reichsgesetzen und den preußischen Einführungsbestimmungen, Bd. I. Das Sachenrecht des B. G. B., 2. Aufl. Paderborn 1902.

Willenbücher: Das Liegenschaftsrecht des bürgerlichen Gesetzbuches und die Reichsgrundbuchordnung. Ausgabe für Preußen. Berlin 1904.

Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. I, 9. Aufl. Bearbeitet von Dr. Th. Kipp. Frankfurt a. M. 1906.

Zachariae v. Lingenthal: Handbuch des französischen Zivilrechts. Bearbeitet von Crome. Bd. II. Freiburg 1895.

Außerdem:

1. Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
2. Entscheidungen in Angelegenheiten der freiw. Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts. Zusammengestellt im Reichsjustizamt, Bd. 1—6.
3. Die Rechtssprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, Bd. 1—10 (Mugdan-Falke).
4. Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts.
5. Centralblatt für freiw. Gerichtsbarkeit.